

CINCUENTA AÑOS DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN LA UNIÓN EUROPEA: BALANCE

ARACELI MANGAS MARTÍN *

*Catedrática de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Salamanca*

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN: DE LA NADA...AL ANCLAJE EN EL TRATADO DE ÁMSTERDAM (1997). II.- EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL MARCO DE LOS TRATADOS FUNDACIONALES: EL ANTIGUO ART. 119 TCEE (HOY, ART.141 TCE). 1.- La formulación del principio de no discriminación por razón de sexo: sentencias *Defrenne II* y *III* (reconocimiento de la igualdad de retribuciones). 2.- El efecto *Defrenne*: El desarrollo normativo de la igualdad de trato. Estructura de las Directivas de igualdad. 3.- El derecho a la *tutela judicial*...: sentencia *Johnston* y Directiva de 2002. 4.- El derecho a una tutela...*efectiva*: las *sanciones* a la violación del principio de igualdad de trato y la Directiva de 2002. 4.1. *Sentencias von Colson y Kamann y Harz sobre igualdad en el acceso a un empleo (eficacia de las sanciones)*. 4.2. *Sentencia Marshall II sobre condiciones de trabajo e irrelevancia de límites a las sanciones en el derecho nacional*. 4.3. *Ofertas no neutras de empleo y sanciones*. 5.- La noción de sexo discriminado. III.- DISCRIMINACIONES DIRECTAS. 1.- Discriminaciones directas relativas a mujeres. 1.1. *Rechazo a contratar por causa de embarazo*. 1.2. *Prohibición de despido por maternidad; permiso de maternidad*. 2.- Excepciones al principio de igualdad: actividades profesionales excluidas. 2.1. *Prohibiciones de acceso a determinados trabajos, a su formación profesional y despidos discriminatorios*. 2.2. *Acceso a las fuerzas armadas*. 3.- Discriminaciones directas relativas a varones. 3.1. *Ventajas sociales y retribuciones (pensiones)*. 3.2. *Servicio militar*. IV.- DISCRIMINACIONES INDIRECTAS. 1.- Apariencia de discriminación e inversión de la carga de la prueba. 2.- Trabajo parcial, antigüedad, retribuciones y despidos discriminatorios. 3. Discriminación y formación profesional. V.- LAS ACCIONES POSITIVAS PARA SUPERAR LA DESIGUALDAD DE OPORTUNIDADES. 1.- De la sentencia *Kalanke* a...2.- ...a la sentencia *Hellmut Marschall*. La legalidad de las acciones positivas a partir del Tratado de Ámsterdam. VI.- PROHIBICIÓN DE REPRESALIAS. VII.- LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES ENTRE LOS VALORES Y OBJETIVOS DE LA UNIÓN EUROPEA: LA EVOLUCIÓN DESDE EL TRATADO DE AMSTERDAM 1.- La Carta de los Derechos Fundamentales de Niza (2000). 2- El Tratado Constitucional de 2004. VIII.- REFLEXIONES FINALES

I.- INTRODUCCIÓN: DE LA NADA.....AL ANCLAJE EN EL TRATADO DE ÁMSTERDAM (1997)

En 1951 y 1957, cuando se redactaron los Tratados fundacionales de la CECA, CEE y Euratom, la preocupación por la igualdad entre mujeres y hombres no tenía importancia alguna entre los valores y objetivos de la integración. Pero cuarenta años más tarde, con ocasión de Tratado de Ámsterdam (1997), por fin la UE estimó imprescindible expresar en un texto convencional el consenso ético, social y jurídico sobre la igualdad como valor y como objetivo de la sociedad europea.

Conviene recordar que entre 1951-1957, período de aprobación de los Tratados fundacionales de la CECA, CEE y Euratom, en ningún momento los negociadores de aquellos Tratados se plantearon reconocer el derecho a igualdad entre sexos y que hasta 1978 el Tribunal de Justicia comunitario no aceptó expresamente que la igualdad entre hombres y mujeres es una exigencia fundada en la dignidad humana, es decir, es un derecho humano, y no un asunto de mera competencia leal entre empresas.

* Este trabajo forma parte de un Proyecto de investigación más amplio financiado por la Junta de Castilla y León (SA004C05).

Casi medio siglo después del inicio del proceso de integración en 1951 (Tratado CECA), el Tratado de Ámsterdam (1997) fue el primer Tratado comunitario que reconocía expresamente la igualdad como derecho fundamental de todo ser humano, desbordando este principio el estricto marco laboral (art. 13 TCE). Además, lo elevaba a objetivo del propio sistema de integración exigiendo su respeto en todas las políticas introduciendo así la noción de *transversalidad*. En efecto, la igualdad de trato entre hombre y mujer se incluye entre los *objetivos* y *misiones* de la Comunidad Europea en su art. 2, así como se prevé que se deberá integrar ese objetivo en todas y cada una de las actividades que puede llevar a cabo la Unión.

En tercer lugar, se reconocía en el Derecho originario la compatibilidad de la discriminación positiva del sexo peor representado. Dicho de otro modo, desde 1997, un objetivo de todas las políticas de la UE es eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover *positivamente* su igualdad; es decir, la política de igualdad de oportunidades o en el punto de partida exige también la igualdad en los resultados, en el punto de llegada y debe informar toda la política de la Unión.

En cuarto lugar, el Tratado confería competencias a las Instituciones de la Unión para adoptar actos legislativos a fin de combatir, en el marco de la competencia comunitaria y más allá del marco laboral, toda discriminación fundada en el sexo (art. 13 TCE).

En definitiva, las grandes novedades de Derecho originario en materia de igualdad están vigentes desde el *Tratado de Ámsterdam* (en vigor desde el 1 de mayo de 1999), por lo que el Tratado constitucional de 29 de octubre de 2004, de entrar en vigor, sólo las confirmaría.

II.- EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL MARCO DE LOS TRATADOS FUNDACIONALES: EL ANTIGUO ART. 119 TCEE (HOY, ART.141 TCE)

Como he señalado, en el momento de su fundación en 1957, la versión inicial del Tratado de la Comunidad Económica Europea (así denominada hasta 1993) no formulaba un principio de no discriminación por razón de sexo con carácter general. En efecto, el antiguo art. 119 del Tratado CEE establecía solamente una prohibición de no discriminación restringida al ámbito de la retribución salarial¹.

Conviene, además, tener en cuenta en qué contexto se redactó el artículo 119 durante la negociación de los Tratados en 1956-57. Este precepto dio lugar a extensas negociaciones entre los redactores del Tratado. No es que hubiera diferencias entre los Estados miembros en relación con el principio de igualdad en materia de retribución, dado que casi todos ellos en ese momento eran partes del Convenio núm. 100 de la Organización Internacional del Trabajo. Pero los efectos jurídicos y prácticos de dicha obligación convencional eran muy deficientes al no tener eficacia directa para los particulares.

También se debe reconocer que en ningún momento en el debate entre los negociadores del Tratado CEE se planteó el principio de igualdad en el marco de los derechos fundamentales: no era para ellos una cuestión de derechos humanos. En modo

¹ Antiguo art. 119.1 CEE: Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

alguno despertó la sensibilidad de los Estados la necesidad de respetar la dignidad de los seres humanos, entre los que se encuentran las mujeres...Es lamentable pero, como ya he señalado, no ha habido ninguna referencia en el Derecho originario hasta 1997 (Tratado de Ámsterdam) al principio de igualdad entre mujeres y hombre y a la prohibición de no discriminación por razón de sexo².

Claro que el respeto a los derechos de *todo* ser humano no ha anidado en la conciencia de la Humanidad, fundamentalmente occidental, casi hasta las postrimerías del siglo XX. Como he señalado en otro lugar, sólo hace unas decenas de años se ha tomado conciencia en el mundo occidental de que “el fundamento último de los derechos humanos es la dignidad del ser humano, de *todo* ser humano, hombre y *mujer*, sin distinción de raza, credo o color o sexo. Este fundamento no fue defendido así por los filósofos de la Ilustración, ni más tarde en el siglo XIX ni en primera mitad del siglo XX. Tampoco era claro en la doctrina jurídico-política hasta bien mediada la segunda mitad del siglo XX. “El reconocimiento general de la dignidad de *todo* ser humano es un valor de nuestros días. En efecto, no se puede atribuir el reconocimiento del fundamento de los derechos humanos a la herencia de la Ilustración pues su referencia era un “*varón*” y “*blanco*”, y menos aún a herencias anteriores como la cultura griega o la romana ni a la herencia religiosa”³.

Francia propuso, para evitar distorsiones a la competencia leal entre empresas, la igualdad de remuneraciones. Lo que se debatió entonces era su alcance jurídico. Varios Estados miembros se opusieron a su inclusión en el articulado del Tratado. Si los Estados finalmente aceptaron la inclusión de una norma imperativa como la del art. 119 TCEE fue por razones económicas vinculadas.

La finalidad económica se ligaba a un régimen de libre competencia, en el que la contratación de mujeres con salarios inferiores a los hombres produciría unas mercancías más baratas y competitivas. Para evitar la competencia desleal entre las empresas en el marco comunitario, los Estados miembros aceptaron el carácter imperativo del principio de igualdad de retribución. Se trataba de evitar que, como consecuencia de la retribución inferior de las mujeres, se produjera un *dumping* social. Esto explica la técnica jurídica tan distinta del artículo 119 (prohibición) y la de los artículos 117, 118 o 120 (labor de apoyo y complemento a los Estados).

El principio de igualdad en materia de retribuciones se establece como una obligación jurídica concreta que genera derechos subjetivos y que, por tanto, tiene un carácter imperativo u obligatorio.

² Claro que si en 1957 la igualdad entre hombre y mujer fue un medio para prevenir la distorsión de la competencia, debe revalorizarse aquel paso inicial como el trampolín hacia la evolución habida en la Unión Europea, pues los nuevos art. 2 y 3 del Tratado de la Comunidad Europea, tal como fueron modificados por el Tratado de Ámsterdam en 1997, sitúan la lucha contra la desigualdad por motivos de sexo entre los objetivos o misiones de la Comunidad europea y que, además, debe inspirar y hacerse respetar en todas las restantes políticas comunitarias (transversalidad, ver epígrafe VII).

³ MANGAS MARTÍN, A.: “Nuevos y viejos valores de la identidad europea al hilo del Tratado constitucional”, *Revista General de Derecho Europeo*, www.iustel.com, 2007, enero, núm. 12.

Sin embargo, a pesar del carácter imperativo del artículo 119⁴, la Comisión de las Comunidades Europeas no exigió a los Estados miembros el cumplimiento del compromiso. Ciertamente, los Estados miembros se dieron un período inicial de franquicia o vacación legal: el compromiso de garantizar la igualdad de retribuciones debía alcanzarse en el curso de la primera etapa del período de transición, es decir, al término de 1961. Cuando se acercaba la Nochevieja de 1961 los Seis Estados miembros fundadores decidieron, al margen del procedimiento previsto en los Tratados para su revisión y en clara y deliberada infracción de los mismos, que de lo dicho sobre igualdad de trato... no había nada..., y que se postergaba hasta tres años más tarde (31 de diciembre de 1964). Después de esa fecha, fueron pasando los años sin que se aprobaran las normas de ejecución de dicho compromiso y sin que la Comisión europea se preocupara de recordar su cumplimiento hasta bien entrado 1973.

La Comisión, que debe velar por el cumplimiento exacto de los Tratados (actual art. 211 TCE) y que es una fiel guardiana de los Tratados cuando hay fuertes intereses económicos, miró para otro lado entre 1962 y 1975 (“el eclipse”). No utilizó los poderes que le dan los Tratados para perseguir estas infracciones (en el actual art. 226), a pesar de que tenía un conocimiento detallado de las infracciones continuadas. Solo bien entrado 1973 anunció que tenía intención de iniciar procedimientos judiciales por incumplimiento contra los Estados infractores⁵ y que dicha prohibición de discriminación era también exigible a los, entonces, recién adheridos Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

Habría de ser una *valerosa* trabajadora de la Compañía aérea belga SABENA la que provocara con sus acciones judiciales un cambio radical en la legislación y práctica comunitaria al demandar a su empresa en los años sesenta. Sus demandas judiciales ante los tribunales belgas fueron reenviadas al Tribunal de Justicia. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) colmaría con su labor interpretativa una laguna de los Tratados haciendo una de las más valiosas e importantes aportaciones a la construcción comunitaria. Vamos a examinar los principales hitos de esa jurisprudencia.

1.- La formulación del principio en las sentencias *Defrenne II* y *III* (el reconocimiento de la igualdad de retribuciones).

La señora Gabrielle Defrenne inició diversos procedimientos judiciales contra su empresa, la compañía aérea SABENA, por diversos motivos, todos ellos relacionados con las discriminaciones que sufría. Nos interesa el asunto *Defrenne II* en el que alega

⁴ El antiguo art. 119.1 es actualmente el artículo 141.1, tras la modificación del Tratado de Ámsterdam, y ha quedado redactado así: “Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”.

A efectos prácticos debe recordarse que la interpretación dada al art. 119 TCEE debe extenderse al art. 141 TCE y así lo declara con frecuencia el Tribunal de Justicia: “Según jurisprudencia reiterada, el artículo 141 CE debe interpretarse, como lo era anteriormente el artículo 119 del Tratado CEE”, entre otras, la sentencia de 3 de octubre de 2006, *Cadman*, C-17/05.

⁵ Hay que reconocer que ha iniciado procedimiento y presentado demandas ante el Tribunal de Justicia, pero la apertura de expedientes y demandas en defensa de los derechos sociales y, en concreto, del principio de igualdad siguen siendo una proporción ínfima comparadas con la demandas contra los Estados por otras infracciones no sociales o de acciones coercitivas en relación con las empresas en el ámbito de la leal competencia. España y otros muchos Estados miembros cumplen, cuando lo hacen, con enormes retrasos de años las directivas de la “Europa social” sin que la Comisión se interese por el cumplimiento para ejercer de guardiana de los Tratados; algo ha cambiado respecto de su actitud cómplice en los sesenta, pero tampoco mucho.

violación al entonces art. 119 (hoy, 141 TCE) que prohíbe la discriminación en materia de retribuciones para un mismo trabajo. Se planteaba si dicho precepto otorgaba, al margen o en contra de lo dispuesto en la legislación nacional o en otras normas como un contrato de trabajo o un convenio colectivo, el derecho a acudir a la vía judicial nacional para hacer respetar ese principio. El juzgado de lo social belga planteó recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) para que éste declarase el alcance del art. 119, si tenía o no efecto directo, y sus consecuencias en el caso.

El Tribunal de Justicia reconoció una doble finalidad económica y social a esa disposición:

- la finalidad *económica* trata de evitar, en palabras del Tribunal, que "en la competencia intracomunitaria, las empresas establecidas en Estados que han aplicado efectivamente el principio de igualdad de retribución no sufran una desventaja competitiva en relación con las empresas situadas en Estados que no han eliminado aún la discriminación";

- la finalidad *social* del precepto viene dada por el hecho de que la Comunidad "no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, tiene que asegurar, por medio de una acción común, el progreso social y perseguir la mejora constante de las condiciones de vida y de empleo de los pueblos europeos, tal como ha sido subrayado en el preámbulo del Tratado" (*Defrenne II*, fund. 8-10).

El TJCE estimó que el art. 119 (hoy 141 TCE) es una norma clara y precisa que "se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares"⁶. Tenía, pues, y tiene efecto directo, lo que significa que es un precepto que genera directamente un derecho a una retribución igual por un trabajo igual y que ese derecho subjetivo es invocable y exigible tanto en las relaciones laborales entre particulares (relaciones horizontales) como entre los particulares y las administraciones públicas (relaciones verticales).

Llegado el caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger los derechos que esa disposición atribuye a los particulares, frente a discriminaciones establecidas en disposiciones legislativas o convenios colectivos o contratos de trabajo.

Según el TJCE el objetivo del art. 119 es la eliminación de todas las discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos y la prohibición afecta tanto a las discriminaciones directas y abiertas como a las discriminaciones indirectas y encubiertas. Dicha norma prescribe la eliminación de cualquier discriminación por razón de sexo para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya un mismo valor en el conjunto de los elementos y condiciones de la retribución⁷. Se trata, pues, de una *obligación de resultado*, de claro efecto directo vertical y horizontal y de alcance total a toda retribución.

Importa resaltar, para entender mejor los desarrollos legislativos comunitarios como la progresiva jurisprudencia posterior, que tanto en esa sentencia como, de forma muchísimo más clara, en la jurisprudencia que le sucede, el Tribunal enmarca el principio de retribución igual en el principio general de igualdad y que este principio

⁶ Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, 43/75, fund. 39. Hubo un primer caso *Defrenne* (I), sentencia de 25 de mayo de 1971.

⁷ En el mismo sentido, entre muchas, las sentencias de 1 de julio de 1986, *Rummler*, 237/85 y la ya citada de 3 de octubre de 2006, *Cadman*, C-17/05.

forma parte de los fundamentos de la Comunidad; entiende el Tribunal que dicho principio prohíbe que se traten de manera diferente situaciones comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado⁸.

Ciertamente, en lo esencial, la sentencia *Defrenne II* de 1976 es muy positiva al descartar radicalmente las tesis de los Estados miembros y de la Comisión y pronunciarse a favor de un principio general de igualdad de trato entre hombres y mujeres en todo el ámbito de aplicación de los Tratados. Y formula ese principio reconociéndole expresamente efecto directo vertical y horizontal, en definitiva, como norma completa y perfecta que por sí misma genera derechos y obligaciones en toda relación laboral.

Es bien sabido que en ese caso se jugaban intereses económicos cuantiosos, no sólo por el litigio concreto, sino por sus consecuencias en otros semejantes iniciados en la época. El TJCE hizo preguntas sobre los efectos económicos. Reino Unido e Irlanda negaban el efecto directo de la disposición. Entendían que la noción de retribución es muy imprecisa y que si se reconocía efecto directo se planteaba un problema de seguridad jurídica por su retroactividad y un problema económico por los costes del pago de la diferencia salarial en cientos de litigios pendientes o venideros.

La Comisión, guardiana de los Tratados, pero también de los grandes intereses económicos, estimaba que el art. 119 TCEE (actual art. 141 TCE) no tenía efecto directo en las relaciones entre particulares hasta en tanto no hubiese actos legislativos internos de desarrollo y aplicación, a su vez, de un acto comunitario, tal como la Directiva 75/117⁹; en cambio, lo aceptaba en las relaciones verticales, cuando la exigencia es ante una autoridad administrativa.

También la Comisión europea aceptó durante una buena parte del procedimiento judicial como plenamente legal el aplazamiento del compromiso sobre igualdad de retribuciones al margen de los Tratados, y sólo ya estando muy avanzado el procedimiento se retractó reconociendo que los compromisos expresos de los Tratados sólo pueden modificarse mediante la revisión formal de los Tratados. La Comisión desempeñó un papel vergonzante en una materia delicada que afectaba a sus competencias, a los compromisos pactados que debe hacer cumplir y a los derechos de los particulares en el sistema de la integración.

Pero tampoco se deben pasar por alto graves responsabilidades del Tribunal de Justicia. Los aspectos negativos de la sentencia *Defrenne II* se refieren al enfoque que hace del pasado, pues el Tribunal de Justicia se mostró muy comprensivo con el incumplimiento generalizado, aceptando por “razones imperiosas de seguridad jurídica” (influencia de los escritos de los Estados) que el efecto directo se produjera desde 1976 (8 de abril, fecha de su sentencia) y no desde la expiración de la primera etapa (1.1.1962).

Por el contrario, el que supo estar en su sitio, el que supo defender el respeto del Derecho, fue el Abogado General Trabucchi, quien sostuvo acertadamente que los problemas económicos no tienen valor jurídico cuando se trata de respetar una norma que, sobre todo, protege derechos fundamentales.

Además, el Tribunal, aunque le reconoce a la señora Defrenne el derecho a percibir la diferencia salarial desde 1962 y a cuantas iniciaran su reclamación con anterioridad a su sentencia, limitó los efectos económicos en todas las demás reclamaciones posteriores, los

⁸ *Defrenne*, ap. 12; y, entre otras muchas sentencias, de 26 de junio de 2001, *Brunnhöfer*, C-381/99; 17 de septiembre de 2002, *Lawrence y otros*, C-320/00; 3 de octubre de 2006, *Cadman*, C-17/05.

⁹ Esta Directiva facilita la correcta aplicación del art. 119 (hoy 141) y no modifica ni amplía el precepto del Tratado.

cuales se computan, si fuera el caso, desde esta sentencia. La infracción hasta esa fecha resulta impune con carácter general por obra y gracia del Tribunal de Justicia. Las críticas a esa opción del Tribunal han sido abundantes.

Y su doctrina en ese punto de la reparación no se ha aceptado pacíficamente; todavía en febrero de 2000 el Tribunal de Justicia ha tenido que volver a justificar aquella decisión: así, ha declarado en una sentencia de 10 de febrero de 2000 que “sólo excepcionalmente puede el Tribunal de Justicia, tal y como estimó en su sentencia *Defrenne II*, antes citada, con arreglo al principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario y habida cuenta de los graves problemas que su sentencia podría acarrear para el pasado en las relaciones jurídicas establecidas de buena fe, limitar la posibilidad de los interesados de invocar la disposición así interpretada con vistas a cuestionar dichas relaciones jurídicas.”

Se sigue justificando al señalar que “cuando decidió, en su sentencia *Defrenne II*, antes citada, limitar en el tiempo la posibilidad de invocar el efecto directo del artículo 119 del Tratado, el Tribunal de Justicia consideró que, ante el comportamiento de algunos de los Estados miembros y de la actitud adoptada por la Comisión y comunicada reiteradamente a los medios afectados, debía tenerse en cuenta, con carácter excepcional que, durante un largo periodo, las partes interesadas se habían visto impulsadas a mantener prácticas contrarias al artículo 119 del Tratado, si bien todavía no prohibidas por su Derecho nacional (apartado 72)”¹⁰.

En descargo del Tribunal de Justicia hay que señalar que poco después tendría una nueva ocasión, propiciada por el tercer asunto planteado por la azafata *Defrenne*; sin entrar en los detalles materiales, lo que sobresale de la nueva sentencia *Defrenne III* de 15.6.1978 es que el Tribunal de Justicia reconoce, por fin, que el principio de la igualdad de trato entre hombre y mujer en materia de empleo y, correlativamente, la ausencia de toda discriminación directa o indirecta fundada sobre el sexo, es parte integrante de los derechos fundamentales cuyo respeto se garantiza por el Tribunal de Justicia en virtud del art. 164 del TCE (hoy, art. 220)¹¹.

A veces la violación a este principio se sigue cometiendo por los sindicatos al negociar los convenios colectivos o por los árbitros en sus laudos al amparo de una magnificada autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad de las partes en el orden laboral es importante pero no ilimitada y se subordina a principios y normas imperativas que están al margen de la voluntad de las partes. Así, en el marco del procedimiento por incumplimiento abierto por la Comisión contra Grecia, el TJCE ha vuelto a reconocer que un Estado miembro como Grecia incumple el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos al exigir, a través de convenios colectivos y laudos arbitrales, requisitos especiales a las trabajadoras casadas para la percepción de prestaciones familiares que no se imponen a los trabajadores casados. Grecia se disculpó alegando que no puede encauzar los comportamientos sociales ni contener las presiones de determinados grupos, ni impedir que la autonomía de los interlocutores sociales dé lugar al mantenimiento de normas y prácticas no conformes al derecho comunitario. El hecho de que el Gobierno griego no participe en la negociación de los convenios colectivos no puede eximirlo de la obligación de adoptar las disposiciones

¹⁰ TJCE, sentencia de 10 de febrero de 2000, *Deutsche Post c. Elisabeth Sievers y otras*, C-270/97 y C-271/97, fund. 45 a 47.

¹¹ TJCE, sentencia de 15 de julio de 1978, *Defrenne III*, 149/77, fund. 27. También sentencia de 28 de enero de 1992, *Speybroeck* (f. 47).

complementarias para garantizar el cumplimiento de los imperativos derivados de las normas comunitarias¹².

2.- El efecto *Defrenne*: El desarrollo normativo de la igualdad de trato. Estructura de las Directivas de igualdad

Ahora examinaré la intrincada lucha por esa igualdad a través de la labor legislativa, espoleada por la inmensa contribución del Tribunal de Justicia comunitario. Sin las batallas judiciales sostenidas por decenas y decenas de mujeres, hubiera sido imposible alzar en el frontispicio del Tratado de la Comunidad Europea y del Tratado Constitucional la igualdad entre mujeres y hombres como un valor y objetivo que justifica la integración, pero sobre todo, más allá de declaraciones programáticas, hubiera sido imposible el cuerpo normativo formado hoy por una docena de Directivas, en especial la Directiva de 1976 (76 /207, reformulada y refundida en la Directiva 2002/73).

Voy a enumerar los caracteres generales del derecho derivado que comenzó a adoptarse, precisamente, a raíz del caso *Defrenne*, y que forman el cuerpo legislativo que desarrolla hoy en día el derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

La presentación de la demanda judicial por la Señora Defrenne en Bélgica hizo reaccionar a la Comisión presentando una propuesta que fue aprobada con cierta celeridad, cual fue

- la Directiva 75/117, referida al marco de la igualdad prevista en el Tratado en materia de retribuciones¹³ y plenamente relacionada con el caso *Defrenne* entonces *sub judice*; a esa Directiva le fueron siguiendo otras a lo largo del tiempo;
- así se dio un salto cualitativo con la Directiva 76/207 relativa a las condiciones de trabajo¹⁴ (acceso al empleo, formación, promoción, condiciones de trabajo, jubilación...); esta Directiva ha sido una norma fundamental que ha estado muy por delante de varias legislaciones nacionales, incluida la española. Esta Directiva, muy desarrollada por la jurisprudencia del TJCE, ha sido objeto de modificación en 2002 para incorporar con cierto detalle el acervo jurisprudencial de estos años y la legalidad de las discriminaciones inversas o positivas presentando en la actualidad un texto refundido (Directiva 73/2002);
- la igualdad en materia de seguridad social se abordó en la Directiva 79/7;
- la igualdad en materia de regímenes profesionales de seguridad social se regula en la Directiva 86/378 –modificada por la Directiva 96/97-;
- las actividades autónomas, incluida la agrícola, son objeto de la Directiva 86/613;
- la situación específica de la trabajadora embarazada o que haya dado a luz o en período de lactancia se ve protegida por la importantísima Directiva 92/85¹⁵;
- la Directiva 96/34 sobre el permiso parental por motivo de nacimiento o adopción de un hijo¹⁶;

¹² TJCE, sentencia de 28 de octubre de 1999, *Comisión c. Grecia* C-187/98.

¹³ DO L 45 de 19.2.1975, p. 19. Ha sido actualizada por la Directiva 2006/54, ver *infra*.

¹⁴ DO L 39 de 14.2.1976, p. 40.

¹⁵ DO L 348 de 28.11.1992, p.1. Esta Directiva fijaba un plazo de dos años para su transposición (19 de octubre de 1994); España no la transpuso hasta 1999 (Ley 39/1999) sin que la Comisión –guardiana de los Tratados *menos en lo social*- abriera expediente a España.

- la Directiva 97/80 sobre la inversión de la carga de la prueba en las discriminaciones indirectas¹⁷;
- la nueva Directiva 2002/73 del Parlamento y del Consejo¹⁸ que modifica la citada Directiva 76/207. Ambas constituyen y sintetizan el marco general¹⁹, a la vez amplio y preciso, de la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea, incorporando la Directiva 2002/73 numerosos conceptos y desarrollos que se contienen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario. Esta Directiva 2002/73 tenía que haber sido incorporada al derecho interno a más tardar el 5 de octubre de 2005. En marzo de 2007 todavía está pendiente de aprobación en las Cortes el proyecto presentado por el Gobierno (socialista) de España;
- la Directiva 2004/113 del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y a su suministro²⁰;
- la Directiva 2006/54 del Parlamento y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)²¹. Se actualizan, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia las antiguas Directivas 75/117 y 97/80.

Antes de analizar la práctica de la aplicación de las políticas de igualdad que desarrollan esas directivas, quiero llamar la atención sobre algunos aspectos “estructurales” comunes a las Directivas reseñadas.

Suelen ser textos bastante breves, en muchos casos con una decena de artículos. Su primeros preceptos suelen definir el derecho protegido, su ámbito material (la igualdad de retribuciones, el permiso parental, etc.) y el alcance del mismo.

También en los primeros preceptos ya se consagra el *derecho a la tutela judicial* de los derechos protegidos por la Directiva en cuestión: los Estados tienen que garantizar que cualquier reclamación sobre el derecho concreto a la igualdad de trato tiene que ser visto y juzgado en vía jurisdiccional, sin perjuicio de recurrir antes a otras vías. Este *derecho al juez* no tiene excepción alguna en la Unión para esta clase de derechos fundamentales.

Los Estados miembros se comprometen a derogar las normas internas contrarias a estas Directivas y a aprobar las medidas necesarias para su respeto en todos los instrumentos sociales (convenios colectivos, contratos individuales...) de modo que sean las normas internas contrarias puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas.

Contienen una protección contra las represalias empresariales respecto de aquellos trabajadores y trabajadoras que pudieran ser despedidos por las quejas o acciones judiciales encaminadas a hacer respetar el principio de la igualdad de trato.

¹⁶ DO L 145 de 19.6.1996, p. 4.

¹⁷ DO L 14 de 20.1.1998, p. 6. Actualizada por la Directiva 2006/54, ver *infra*.

¹⁸ DO L 269 de 5.10.2002, p. 15. En su preámbulo se hacen referencias prolijas a su fundamento en el respeto a los derechos humanos y a los principios que inspiran la Unión Europea (art. 6 del TUE).

¹⁹ El texto consolidado de la Directiva 76/207, integrado con las modificaciones de la Directiva 2002/73 puede verse en: 1976Lo207 de 5 de octubre de 2002.

²⁰ DO L 373 de 21.12.2004, p. 37. Entre otros, uno de los objetivos es prohibir el cálculo del factor sexo en primas y prestaciones. Vid. BINON, J.M.: “L’egalité de traitement en droit européen et ses applications à l’assurance- Obligation moral ou croisade idéologique?”, *Journal des Tribunaux*, octubre 2005, núm. 122, pp. 231 y ss.

²¹ DO L 204 de 26.7.2006, p. 23.

Otro contenido común es la insistencia en la garantía efectiva de los derechos proclamados por *medios eficaces*.

La redacción del contenido del concreto derecho protegido, así como de la tutela judicial y efectiva y la protección frente a las represalias es siempre muy *clara, precisa y no deja márgenes de apreciación*. Se prepara así el tránsito para la posibilidad de la invocación directa vertical por los titulares de esos derechos si, a la expiración del plazo de transposición, el Estado miembro –como es el caso de España– no hubiera hecho la adaptación interna y modificado su legislación (y en caso de relación horizontal, se tendría derecho a la reparación económica del Estado)²². Son disposiciones que, en general, reúnen los requisitos del efecto directo para su exigencia en caso de falta de transposición.

Y otro aspecto esencial es que la prohibición de discriminar alcanza tanto a las discriminaciones directas como a las indirectas, como ya estableciera el TJCE en la comentada sentencia *Defrenne II* de 1976, si bien la práctica judicial y legislativa en materia de discriminaciones indirectas ha sido posterior (a finales de los años ochenta).

El principio de igualdad de trato en el conjunto de las disposiciones supone “la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente” (por ejemplo, art. 2 de la Directiva 76/207). Se combaten, pues, no sólo las discriminaciones directas, ostensibles, sino toda discriminación relativa o que pueda deducirse del estado familiar o matrimonial.

El principio de igualdad de trato no impide protecciones especiales, como consecuencia de circunstancias especiales ligadas al sexo (como es la protección en caso de embarazo y maternidad). Y tampoco dicho principio excluye excepciones justificadas en las que los Estados no tienen que atenerse al principio de igualdad de trato cuando el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio (art. 2.2 de la Directiva 76/207).

3.- El derecho a la *tutela judicial*...: sentencia *Johnston* y Directiva de 2002

Como ya he señalado, todas las Directivas comunitarias citadas sobre igualdad de trato exigen que este derecho pueda ser defendido ante un órgano jurisdiccional²³. No basta la vía administrativa, sino que se tiene “derecho al juez”, a que el caso sea visto por un juez y decida conforme al derecho comunitario en vigor.

Precisamente, éste es el problema que se planteaba en el asunto *Johnston*²⁴ de 1986. El art. 6 de la Directiva 76/207 obligaba a los Estados miembros a garantizar por medio de sus órganos jurisdiccionales nacionales el respeto a las disposiciones de la Directiva y de la legislación nacional destinada a aplicarla. Este art. 6 ha sido todavía más reforzado en la Directiva 2002/73 para incorporar la jurisprudencia del TJCE en este caso y otros posteriores. Aludiré al final de este epígrafe a estas reformas.

²² TJCE, sentencia de 19.11.1991, *Francovich y Bonifaci*, C-6/90 y 9/90. Véase sobre el principio de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario, MANGAS MARTIN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 442-447 y la amplia bibliografía allí citada.

²³ Así, en la Directiva 75/117 “Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que todo trabajador que se considere perjudicado por la no aplicación del principio de igualdad de retribución, pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras instancias competentes”.

²⁴ TJCE, sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84.

Los hechos del caso son los siguientes: la señora Johnston era policía en el Ulster; ante el nivel de violencia experimentado en ese conflicto armado interno en la época en que sucedieron los hechos, el Gobierno británico decidió dotar de armas a la policía local, por lo que expeditivamente despidió a las mujeres policías. La ley británica de transposición de la Directiva permitía excepciones por razones de seguridad y declaraba suficiente constatación de la excepción mediante un certificado de la autoridad administrativa.

La demandante entendía que había violación del principio de igualdad de trato y planteó su caso ante el juez británico: lo primero que debía decidir el juez británico era si tenía competencia para comprobar si la excepción de la ley británica era compatible con la Directiva, dado que la ley británica consideraba que es prueba irrefutable de que se cumplía la excepción si mediaba un acto administrativo nacional, aceptando esa prueba sin posible acceso al juez. Dicho de otro modo, si debía atenerse a la ley o a la Directiva.

Por ello, el juez británico planteó en su reenvío prejudicial al Tribunal comunitario si la Directiva 76/207 obliga a los Estados miembros a garantizar por medios jurisdiccionales el respeto a sus disposiciones. El Gobierno británico alegó la normativa de transposición y el derecho procesal nacional, el cual admite como pruebas irrefutables las constataciones que haga la autoridad en cuestiones relativas a la seguridad nacional y a la seguridad pública; y sólo la autoridad pública es competente para identificar esas situaciones relativas a la seguridad nacional en la que decaerían los derechos de los particulares. La constatación administrativa cerraba o impedía la vía jurisdiccional.

Para el Tribunal de Justicia el art. 6 de la Directiva 76/207 es la expresión de un principio general del Derecho básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y está incluido en los arts. 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Declaración común de 1977 (fund. 18). Por ello, todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo ante el órgano jurisdiccional competente contra aquellos actos que en su opinión vayan en contra de la igualdad de trato y, a su vez, los Estados miembros deben garantizar un control jurisdiccional efectivo para que se respeten las disposiciones aplicables de Derecho Comunitario y las de la legislación nacional destinada a garantizar la posibilidad del ejercicio de los derechos previstos en la Directiva (fund. 19).

Por ello, la ley británica, al conferir el carácter de prueba irrefutable de que se habían cumplido las condiciones para establecer una excepción al principio de igualdad de trato era contraria a los derechos reconocidos por la Directiva.

En consecuencia, según el Tribunal de Justicia los Estados miembros están obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de la Directiva y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar efectivamente los derechos así conferidos ante los tribunales nacionales (fund. 17).

La Directiva contiene excepciones en materia de igualdad de trato (que examinaré en el punto III.2 de este trabajo), pero en modo alguno distingue excepciones en materia de tutela judicial: "...todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo ante el órgano jurisdiccional competente contra aquellos actos que, en su opinión, vayan en contra de la igualdad de trato entre hombres y mujeres previsto en la Directiva 76/207" (fund. 19).

La nueva Directiva 2002/73, que modifica la 76/207, en vigor desde el 5 de octubre de 2005, amplía el alcance de este irrestricto derecho de tutela judicial. Por un

lado, admite, junto a los procedimientos administrativos y judiciales, los de conciliación para exigir el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la igualdad de trato a favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación de este principio, incluso una vez terminada la relación laboral.

Por otro, abre la legitimación activa a las asociaciones, organizaciones o personas jurídicas, de conformidad con su derecho nacional, para que puedan iniciar el procedimiento administrativo y/o judicial en favor de la aplicación de este principio en nombre del demandante y con su autorización. Los Estados pueden fijar plazos en su legislación nacional para la interposición de los recursos.

4.- El derecho a una tutela....efectiva : las sanciones a la violación del principio de igualdad de trato y la Directiva de 2002

4.1. Sentencias von Colson y Kamann y Harz²⁵ sobre igualdad en el acceso a un empleo (eficacia de las sanciones)

En las dos sentencias, por un lado, *Von Colson y Kamann*, y, por otro, *Harz*, de 1984 sobre igualdad en el acceso a un empleo se planteó el problema de la eficacia de las sanciones en caso de infracción a esta regla de igualdad de trato.

En los dos casos alemanes el problema se planteó cuando las señoras Von Colson y Kamann se presentaron a un concurso para acceder a unas plazas de funcionarias de prisiones y fueron descartadas por ser mujeres frente a candidatos masculinos. La señora Harz se vio rechazada, al pretender una plaza de ingeniero en una empresa privada, por el hecho de ser mujer.

Una vez constatados los hechos, la jurisdicción alemana pregunta, en los dos primeros casos, si la Directiva 76/207 impone que una discriminación, fundada en el sexo con motivo del acceso al empleo, sea sancionada mediante la obligación impuesta al empresario o empleador, autor de la discriminación, de concluir el contrato con la o el candidato discriminado. El juez nacional entiende que es así y que se deduce de los considerandos y del texto mismo de la Directiva que en la transposición se impone la obligación de adoptar disposiciones legales provistas de sanciones efectivas.

Según la Comisión, la transposición eficaz exigiría que las sanciones se conciban como una reparación adecuada y que para el empleador sean un medio de presión para tomar en serio y le incite a respetar el principio de la igualdad.

Según el TJCE, de conformidad con el (antiguo) art. 189.3 (actual, art. 249), la libertad que una directiva deja a los Estados no afecta a la obligación plena de los Estados miembros de adoptar *todas* las medidas necesarias en su orden jurídico nacional a fin de asegurar su pleno efecto conforme a su objetivo. Y el art. 6 de la Directiva obliga expresamente a los Estados miembros a adoptar todas las medidas y a permitir a toda persona hacer valer sus derechos mediante la vía jurisdiccional. Luego las medidas deben ser lo suficientemente eficaces, tales como contratar o readmitir al candidato discriminado, o asegurarle una indemnización pecuniaria adecuada, reforzado, llegado el caso por un sistema de multas. Ahora bien, no impone una sanción determinada, sino que deja libertad a los Estados miembros para elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para conseguir el objetivo. El Tribunal comunitario señala al juez nacional la

²⁵ TJCE, sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, 14/83; *Harz* 79/83 (asuntos no acumulados).

obligación que tiene de aplicar e interpretar el Derecho nacional existente, aunque no sea el de transposición, de manera conforme a la Directiva.

Si elige la indemnización, para que sea eficaz y disuasoria, debe ser adecuada para reparar todos los daños y perjuicios sufridos y no puede ser una indemnización simbólica (devolver los gastos de concursar a un empleo).

4.2. Sentencia Marshall II sobre condiciones de trabajo e irrelevancia de límites a las sanciones en el derecho nacional

En el asunto *Marshall II*²⁶ de 1993 se planteaba si la sanción que se debía imponer por una jubilación discriminatoria podía encontrar límites en el Derecho interno. Para el TJCE, según el art. 6 de la Directiva 76/207, los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias que permitan a la persona lesionada por una discriminación hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional. Tal obligación implica que las medidas en cuestión sean suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo de la Directiva y puedan ser invocadas efectivamente ante los tribunales nacionales por las personas afectadas.

Recuerda el TJCE que hay libertad de medio, pero que el objetivo de la Directiva (hay que recordarlo, norma de carácter obligatorio) es alcanzar la igualdad de oportunidades efectiva y no podría ser alcanzado en ausencia de medidas propias a restablecer esa igualdad cuando ésta no es respetada. Como señaló en *Von Colson*, esas medidas deben garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz y tener, respecto del empleador, un efecto disuasorio real.

Hay que tener en cuenta, a tenor de la doctrina del TJCE, las características propias de cada violación del principio de igualdad; si es un despido discriminatorio, el restablecimiento de la situación de igualdad no podría lograrse en defecto de una reintegración de la persona discriminada o alternativamente de una reparación pecuniaria del perjuicio sufrido.

Cuando la reparación pecuniaria es la medida elegida, debe ser adecuado en el sentido de permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos del hecho del despido discriminatorio, según las reglas nacionales aplicables.

Por ello, no es compatible con el Derecho comunitario si se prevé un límite en la reparación, como sucedía en la legislación británica, dado que limitaba *a priori* el montante del resarcimiento a un nivel que no era conforme a la exigencia de asegurar una igualdad de oportunidades efectiva mediante una reparación adecuada al perjuicio real sufrido por el despido discriminatorio.

Además, la reparación íntegra del perjuicio no puede hacer abstracción de elementos tales como el transcurso del tiempo, susceptible de reducir de hecho el valor de una reparación. El reconocimiento de intereses, según las reglas nacionales aplicables, debe ser considerado como un componente indispensable de una reparación que permita el restablecimiento de una igualdad de trato efectiva; luego el art. 6 se

²⁶ TJCE, sentencia de 2 de agosto de 1993, *Marshall II*, C-271-91. Hubo una sentencia *Marshall I*: se trataba de una señora empleada de los servicios de salud británicos obligada a jubilarse cinco años antes que sus compañeros varones; alegó violación de la Directiva 76/207 y así lo constató el TJCE (Sentencia de 26.2.1986, *Marshall*, 152/84); al solicitar la ejecución –readmisión– o toda la diferencia entre la pensión y el salario en activo más los intereses, la normativa británica impedía el montante de la reparación debido a los límites establecidos *a priori*.

opone a que la reparación del perjuicio sufrido se limite a un techo máximo fijado *a priori*, así como a la ausencia de intereses destinados a compensar la pérdida sufrida por el beneficiario de la reparación hasta el pago efectivo del capital acordado. En definitiva, la reparación debe ser íntegra sin límites *a priori*, descartándose las disposiciones nacionales que imponen límites a la cantidad a resarcir. Esta interpretación del TJCE ha sido articulada en la nueva Directiva 2002/73 (nuevo art. 6.2).

4.3. Ofertas no neutras de empleo y sanciones

Un caso no menos interesante y con impacto en la nueva Directiva 2002/73, y desde luego “simpático”, es el asunto *Nils Draehmpaehl*²⁷, en el que un varón responde a una oferta de empleo publicada en la prensa alemana; el anuncio se dirige exclusivamente a mujeres²⁸ y el candidato no obtiene respuesta alguna a su solicitud y tampoco se le devuelven los documentos que presenta.

Entiende este joven que ha sido discriminado por ser varón y alega además que él era un candidato cualificado para el puesto. En otra sala del órgano judicial alemán también se conocía de otra demanda de un varón –en relación con el provocador anuncio- al que tampoco se contestó a su petición de empleo si bien el joven no reunía las cualificaciones correspondientes.

Para el juez alemán había habido, en ambos casos, una discriminación en el acceso al empleo al no estar formulada la oferta de forma neutra sino que se dirigía manifiestamente a las mujeres, aunque el propio juez alemán entrevé que la reparación debida no debe ser la misma a causa del diferente daño causado. Su reenvío prejudicial se refiere, entonces, a la interpretación del alcance de la tutela efectiva, dado que la legislación alemana de transposición exigía algunos requisitos y establecía límites en las indemnizaciones en caso de incumplimiento de la Directiva 76/207.

En efecto, un requisito era que el empresario hubiera incurrido en una conducta culpable; además, a diferencia de otras normas del Derecho civil y del Derecho laboral alemán, las normas de transposición de la Directiva 76/207 establecían *a priori* el límite máximo de tres mensualidades en las indemnizaciones en caso de infracción de la Directiva.

En su sentencia prejudicial el TJCE consideró, recordando el caso *Dekker*, que la Directiva no subordina la responsabilidad del autor de una discriminación a la prueba de una conducta culpable o a la inexistencia de causas de exención de la responsabilidad previstas por el Derecho nacional. En relación con el límite indemnizatorio *a priori* únicamente para las violaciones a la citada Directiva, el TJCE mantiene su jurisprudencia –citada ya- *Von Colson* y *Kamann* entendiendo que la protección debe ser efectiva y eficaz y tener efecto disuasorio real y adecuado al perjuicio sufrido; además entiende que las infracciones al Derecho Comunitario deben ser sancionadas en

²⁷ TJCE, sentencia de 22 de abril de 1997, *Nils Draehmpaehl*, C-180/95.

²⁸ Resulta casi irresistible no reproducir el anuncio: “Buscamos para nuestra empresa de distribución una colaboradora de la Dirección con experiencia. Si puede entenderse con los caóticos empleados de una empresa orientada a la distribución, si quiere prepararles el café, obtener pocas alabanzas y es capaz de trabajar mucho, este es el lugar adecuado. En esta empresa hay que saber manejar el ordenador y pensar con los demás. Si de verdad quiere hacer frente a este desafío esperamos sus documentos de solicitud, que habrán de ser claros y terminantes. Pero luego no diga que no le hemos avisado...”

condiciones de fondo y procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares.

El Tribunal entiende que el límite *a priori* puede hacer inadecuada por simbólica la indemnización en el caso del solicitante de empleo que reunía las cualificaciones. Luego, para los candidatos que no reunieran las cualificaciones sería razonable una indemnización que no sobrepase las tres mensualidades de salario; pero el perjuicio sufrido por el candidato con opciones es muy superior al no haber obtenido la plaza vacante. Si el empresario estima que no hubiera reunido las cualificaciones, deberá aportar la prueba de que el candidato no habría obtenido la plaza aunque no hubiera existido discriminación alguna.

A modo de síntesis, la nueva Directiva 2002/73 recoge esta doctrina jurisprudencial para facilitar el cumplimiento del principio de la igualdad de trato. Así el nuevo art. 6, en su apartado 2, obliga a los Estados miembros a modificar la legislación interna en materia de sanciones: la indemnización o reparación será *real y efectiva del perjuicio sufrido* (sentencias *Von Colson* y *Harz*). Deberá tener un efecto disuasorio y proporcional al perjuicio sufrido y dicha indemnización no podrá estar limitada por un tope máximo fijado *a priori* (*Marshall*). Sólo quedará exonerado del deber de reparar si el empresario prueba que el único perjuicio sufrido es la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo (régimen algo más restrictivo que el de la sentencia *Nils Draehmpaehl*). Como puede observarse, los casos habidos ante el TJCE sobre tutela judicial y tutela efectiva se han llevado casi al pie de la letra al nuevo art. 6 de la Directiva 76/207 modificada por la Directiva 2002/73.

5.- La noción de sexo discriminado

Con frecuencia pensamos que la discriminación se produce en contra de un sexo respecto de otro, pero el Tribunal ha tenido que decidir sobre la noción de sexo discriminado, no por su peor tratamiento respecto de una persona de sexo diferente, sino también entre mujeres (unas embarazadas y otras no) o con motivo de un cambio de sexo. La primera tesitura la analizaremos en el siguiente apartado III con motivo de las discriminaciones que sufren las mujeres por causa del embarazo, parto y crianza de sus hijos.

Antes quisiera recordar al menos algunos litigios en los que el Tribunal ha dado –en palabras de J. Jacqmain²⁹– una lección de buen sentido y humanismo como es el caso *P c. S y Cornwall*³⁰. Se trataba de un trabajador de un colegio que fue despedido por someterse a una operación de cambio de sexo. El TJCE tuvo en cuenta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos que considera a los transexuales como un grupo bien determinado y definible; recuerda que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo es un derecho humano fundamental cuyo respeto debe garantizar el Tribunal. La Directiva 76/207 no se limita “únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger,...debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar...a consecuencia del cambio de sexo...tales discriminaciones se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado...” quien recibe “un trato desfavorable frente a personas del sexo al que se

²⁹ JACQMAIN, J.: “Egalité entre travailleurs féminins et masculins”, *Journaux des Tribunaux Droit Européen* nov. 2000, n° 73, p. 202.

³⁰ TJCE, sentencia de 30 de abril de 1996, *P c. S y Cornwall County Council*, C-13 94.

consideraba que pertenecía antes de la citada operación” (f. 19-21). El Tribunal concluye que tal discriminación atenta contra el respeto a la dignidad y la libertad de la persona.

Sin embargo, en otro asunto ligado a la orientación sexual su respuesta fue diferente. En el caso *Grant*³¹, relativo a una reclamación de ayuda de billetes a precio reducido para la pareja del mismo sexo de una trabajadora ferroviaria, el Tribunal estimó que el asunto no recaía dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207. Se aferró a instrumentos de derechos humanos y a la jurisprudencia del TEDH para entender que en ese momento todavía no se incluían tales relaciones estables entre parejas homosexuales dentro del ámbito del respeto a la vida familiar. Descartó, entonces, que el Derecho comunitario se aplicara a discriminaciones basadas en la orientación sexual.

Reconocía que el Tratado de Ámsterdam, entonces simplemente autenticado o firmado, pero sin haber entrado en vigor en el momento de dictar sentencia, incluía las discriminaciones por la orientación sexual como campo de la competencia comunitaria para luchar contra las discriminaciones, pero entendió que a luz del derecho en vigor en aquel momento no era una discriminación prohibida por el art. 119 (hoy 141) TCE ni por la Directiva 75/117 sobre igualdad de retribuciones.

Hay pocas dudas de que la presión de los Estados sobre el Tribunal pesó mucho en la decisión del Tribunal. Si protegía la libertad y respeto que merece la orientación sexual, habida cuenta la importancia relativa del número de parejas homosexuales sobre los regímenes de la seguridad social, pondría en dificultades económicas a los Estados. Luego, para el Tribunal, según los casos, las consecuencias económicas del respeto a los derechos fundamentales cuentan más que su respeto y protección.

III.- DISCRIMINACIONES DIRECTAS

1.- Discriminaciones directas relativas a mujeres

Ya en el asunto *Defrenne II* el Tribunal de Justicia distinguía entre las discriminaciones directas y las indirectas o encubiertas. Todas ellas están igualmente prohibidas por el actual art. 141 TCE (antiguo art. 119).

La Directiva 2002/73 precisa qué debe entenderse por discriminación directa: “la situación en la que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo” (art. 2.2).

Los casos que hasta ahora he examinado respecto del derecho al juez y a una sanción efectiva en caso de infracción son todos relativos a discriminaciones directas, ya sean en materia de retribuciones, de acceso a un puesto de trabajo o en la jubilación.

Ahora voy a examinar más casos de discriminaciones abiertas o directas como son las que afectan a la maternidad o a supuestas protecciones especiales.

1.1. Rechazo a contratar por causa de embarazo

La señora Dekker³² concursó al empleo de educadora en un centro de formación de jóvenes adultos; el comité de selección conoce que ella está embarazada de 3 meses;

³¹ TJCE, sentencia de 30 de abril de 1996, *Grant*, C-13/94.

³² TJCE, sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88.

el comité la propone a la Dirección del Centro como la postulante más apta para ejercer la función. Pero la Dirección le comunica por escrito que no será contratada a causa de su embarazo, debido a que el asegurador no le reembolsaría las indemnizaciones que le tendría que pagar durante su permiso de maternidad, por lo que se veían en la imposibilidad financiera de contratar un sustituto durante su ausencia. La legislación holandesa asimilaba el embarazo a la imposibilidad de ejercer una actividad por causa de enfermedad común. El asegurador puede rechazar el reembolso de las indemnizaciones a un afiliado en la hipótesis en que el asegurado sea incapaz de ejercer sus funciones en los seis meses siguientes a la toma del seguro.

Se señala por el juez holandés que todas las postulantes eran mujeres. Para el Tribunal de Justicia el rechazo por causa de embarazo no puede serle opuesto más que a las mujeres y constituye una discriminación directa fundada en el sexo. El rechazo de contrato por causa del embarazo debe ser contemplado como fundado esencialmente sobre el hecho del embarazo y tal discriminación no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio financiero sufrido por el empresario en caso de contratar una mujer encinta durante el periodo de su permiso de maternidad.

Luego, en opinión del TJCE, hay discriminación directa cuando se rechaza concluir un contrato de trabajo con una candidata que había sido juzgada apta para ejercer la actividad en cuestión, cuando el rechazo se funda en las consecuencias posiblemente perjudiciales para el empresario de contratar a una mujer encinta. Hubo, pues, violación de los arts. 2.1 y 3.1 de la Directiva 76/207.

El empleador se defendió de la acusación de discriminación pues todas las candidatas eran mujeres; estaba guiado por consideraciones exclusivamente financieras o de gestión. Para el Tribunal de Justicia si el rechazo es porque estaba embarazada, la decisión está ligada al sexo; la ausencia de candidatos masculinos no podía tener incidencia sobre su respuesta.

En un asunto posterior, el Tribunal de Justicia tuvo que juzgar un caso en el que una enfermera de quirófano, contratada como eventual, opta en la misma clínica a un contrato de trabajo por tiempo indefinido³³. Cuando presentó la candidatura, la demandante comunicó por escrito al empresario que estaba embarazada. A consecuencia de dicho escrito, el empresario efectuó un traslado interno de la enfermera eventual para que no siguiera su actividad en quirófano, al conllevar consigo un riesgo de infección y, además, por exigencia de la ley alemana de protección de la maternidad que impide contratar o mantener a trabajadoras en puestos de alto riesgo. Poco después le comunicó que no aceptaba su candidatura para el contrato indefinido como enfermera de quirófano.

La enfermera demandó al empresario y éste justificó que su negativa a celebrar un contrato de trabajo no constituía una discriminación ilegal por razón de sexo, puesto que la decisión de no celebrar el contrato controvertido resultaba de las disposiciones de la ley alemana que le prohibían contratar a la demandada. A diferencia del asunto *Dekker*, la desigualdad de trato, no se basaba directamente en el embarazo de la trabajadora, sino que resultaba de la prohibición general de trabajo vinculada a dicho estado.

Para el Tribunal, se deduce de su jurisprudencia que la protección de la mujer embarazada no puede tener por consecuencia un trato desfavorable en lo que atañe al

³³ TJCE, sentencia de 3 de febrero de 2000, *Silke-Karin Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, C-207/98.

acceso al empleo y a sus condiciones de trabajo y que, desde esta perspectiva, la Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. La Directiva no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata embarazada debido a que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo impide destinarla, desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante. La negativa de contratación debida al embarazo no está justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su periodo de descanso por maternidad (sentencia *Dekker*). La misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el periodo de su embarazo.

1.2. Prohibición de despido por maternidad; permiso de maternidad

Esta prohibición se deduce de la Directiva 76/207, si bien la prohibición se regula expresamente en la Directiva 92/85.

La prohibición de despido por maternidad abarca desde el principio del embarazo hasta el final del permiso de maternidad.

Examinaré uno de los casos más relevantes, la sentencia *Carol Webb*³⁴. Una trabajadora de la Compañía *Emo Air Cargo* había quedado embarazada por lo que la empresa decidió contratar a una sustituta que sería formada por aquella; después del período de prácticas, podría ser contratada fija pues la empresa deseaba aumentar la plantilla. La nueva empleada, la señora Webb empezó a trabajar. Pocas semanas después notificó a la empresa que había quedado embarazada, por lo que fue despedida. Demandó al empresario por discriminación directa por razón del sexo amparándose en las directivas comunitarias.

El art. 2.3 de la Directiva 76/207 protege la condición biológica de la mujer durante el embarazo y además la Directiva 92/85 (art. 10) prohíbe despedir a la mujer durante su embarazo y permiso de maternidad, a fin de evitar el riesgo que un posible despido supone para la condición física y psíquica de la trabajadora embarazada o que han dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo.

La legislación británica no le protegía pues excluía a los trabajadores por cuenta ajena que llevasen empleados menos de dos años.

Además, para el Tribunal británico no había sido despedida por razón del sexo sino por su previsible incapacidad para cumplir la tarea básica para la que fue contratada, cubrir el puesto de otra trabajadora. De modo que si hubiera contratado a un hombre y le hubiera comunicado que estaría ausente durante un período comparable, dicho hombre también hubiera sido despedido.

El Tribunal de Justicia niega que pueda compararse la situación de incapacidad por embarazo a la de un hombre que sufre una incapacidad por razones médicas o de otra naturaleza. No es un estado patológico ni una indisponibilidad de origen no médico, situaciones que sí podrían motivar el despido de una mujer sin constituir despido

³⁴ TJCE, sentencia de 14 de julio de 1994, *Carol WEBB c. EMO Air Cargo* C-31/93.

discriminatorio por razón de sexo³⁵. El despido de una trabajadora por razón del embarazo constituye siempre una discriminación directa por razón del sexo.

El despido no puede fundarse en su incapacidad para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato de trabajo. Tal disponibilidad es siempre un requisito esencial del contrato de trabajo, pero la protección que el Derecho Comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo, y aun después, no puede depender de si la presencia de la interesada durante su maternidad es indispensable para la buena marcha de la empresa. El hecho de que se la contrate para sustituir a otra embarazada carece de incidencia en la respuesta³⁶.

Ciertamente, son numerosas las sentencias que afectan a despidos de mujeres embarazadas.

Otro caso de interés es el asunto *Mary Brown*³⁷ de 1998. Esta señora era conductora de reparto y debía hacer un trabajo especialmente pesado. El contrato preveía que tras una baja superior a veintiseis semanas se despedía al trabajador. La ley británica prohíbe el despido si la trabajadora lleva más de dos años empleada y si la ausencia es a partir de la undécima semana anterior al alumbramiento, circunstancias que no concurrían en el caso.

Para el Tribunal de Justicia, la Directiva 92/85 no prevé ninguna excepción a la prohibición de despido de la mujer encinta, salvo los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada (como ya lo había señalado en el caso *Webb*). Dado que la “enfermedad” era el embarazo, el despido era improcedente pues el despido durante el embarazo “no puede fundarse en motivos basados en la incapacidad, derivada de su estado, para desempeñar la actividad laboral a la que se comprometió frente a su empresario. Si se acogiera semejante interpretación, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo quedaría reservada únicamente a las trabajadoras embarazadas que pudieran cumplir las obligaciones de su contrato de trabajo, de manera que las disposiciones de la Directiva 76/207 perderían su eficacia” (fund. 21).

El TJCE reitera que el embarazo no es un estado patológico, pero, como señalara el Abogado General “el embarazo es un período durante el cual pueden producirse trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste. Dichos trastornos y complicaciones, que puede implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes al embarazo y, por tanto, comparten la especificidad de este estado” (fund. 22).

Es obvio que la protección de la mujer contra el despido por causa de su maternidad no depende de las características del contrato. En la sentencia *María Luisa*

³⁵ Como ya lo había constatado en las sentencias *Hertz*, 8.11.90 y *Habermann-Beltermann*, 5.5.94.

³⁶ Una posición semejante ya venía siendo sostenida por el Tribunal constitucional español, para quien “la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca” (STC 136/1996, de 23 de julio, fund. 5 y 6). En sentencia posterior confirma “que tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológicamente incontrovertible (STC 240/1999, de 20 de diciembre) incide de forma exclusiva sobre las mujeres” (STC 173/ 1994 de 7 de junio).

³⁷ TJCE, sentencia de 30 de junio de 1998, *Mary Brown c. Rentokil*, C-394/96.

*Jiménez Melgar contra el Ayuntamiento de Los Barrios*³⁸, el Tribunal declaró que la Directiva 92/85, no transpuesta en España cuando sucedieron los hechos, tiene efecto directo por lo que puede ser invocada por los particulares ante las jurisdicciones nacionales y lo que más nos importa es que el TJCE estima que la protección incluye tales contratos pues la Directiva no distingue en función del tipo de contratos; si el legislador comunitario hubiese querido excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos de duración determinada lo habría precisado de forma expresa. Le señala al juez nacional que le corresponde comprobar si la falta de renovación, cuando los contratos forman parte de una sucesión de contratos de duración determinada, ha estado efectivamente motivada por el embarazo de la trabajadora. En todo caso estima que una negativa de contratación de una trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer su actividad laboral, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo.

A veces la discriminación se produce por el hecho de utilizar el permiso de maternidad y perder antigüedad en la empresa. Esto es lo que le sucedió a la señora Thibault, pues al disfrutar de dicho permiso no pudo acreditar un determinado plazo³⁹. Para el TJCE, “el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue estando vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo que se aplican tanto los trabajadores de sexo femenino como a los de sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral”. Por ello, hay discriminación puesto que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso para maternidad al que tenía derecho, dicha trabajadora habría podido beneficiarse de una promoción profesional.

También el Tribunal de Justicia comunitario ha confirmado el derecho de la mujer que ha dado a luz a volver a su puesto de trabajo o a otro equivalente en las mismas condiciones laborales que le eran aplicables antes de su permiso de maternidad⁴⁰. Igualmente, el Tribunal ha estimado que excluir de la gratificación de Navidad a una mujer que había estado durante alguna parte del año con su permiso de maternidad es una discriminación por razón de sexo en cuanto que la gratificación constituya una retribución por un trabajo previamente realizado⁴¹.

Algunas empresas entienden que el permiso de maternidad puede conllevar desventajas profesionales inherentes a esa interrupción del trabajo e incentivan la solicitud del permiso con una indemnización económica. Esta práctica, lamentablemente poco frecuente, es compatible con el art. 141 que establece la igualdad de retribuciones; así lo ha declarado el Tribunal ante la demanda presentada por algunos trabajadores varones de la compañía automovilística Renault por la asignación a tanto alzado que perciben las mujeres al inicio del permiso de maternidad, pues ellos estimaban que era una discriminación por razón de sexo⁴².

Otra forma de discriminación puede deducirse de la fijación de las vacaciones en los convenios colectivos; la Directiva 92/85 garantiza a la trabajadora, después de su

³⁸ TJCE, sentencia de 4 de octubre de 2001, *María Luisa Jiménez Melgar contra el Ayuntamiento de Los Barrios* C-438/99. Era una trabajadora con un contrato a tiempo parcial de duración determinada para diferentes labores sociales (atender jubilados, niños...) que, a su extinción, se le hacían nuevos contratos de igual naturaleza.

³⁹ TJCE, sentencia de 30 de abril de 1998, *Evelyn Thibault*, C-136/95.

⁴⁰ TJCE, sentencias de 12.7.1984, *Hofmann c. Barmer Ersatzkasse* 184/83, 5.5.1994, *Habermann-Beltermann* C-421/92, así como el caso *Webb c. EMO Air Cargo* (infra, nota 33).

⁴¹ TJCE, sentencia de 21 de octubre de 1999, *Susanne Lewen c. Lothar Delda*, C-333/97.

⁴² TJCE, sentencia de 16 de septiembre de 1998, *Oumar Dabo Abdoulaye y otros c. Renault*, C-218/98.

período de descanso por maternidad, que mantiene sus derechos vinculados a su contrato de trabajo y, por tanto, sus vacaciones anuales⁴³

Estos casos han tenido también su reflejo en la nueva Directiva 2002/73 que entró en vigor el 5 de octubre de 2005. Así el nuevo art. 2.7 entiende que la igualdad de trato comprende medidas de protección específicas de la mujer, como ya las había establecido la Directiva 92/85 aludida; y que cualquier trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad constituirá una discriminación. Por ello precisa, en consonancia con la jurisprudencia analizada, que una mujer, tras el permiso de maternidad, tiene derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

La maternidad y su protección han tenido una extensión hacia la protección del padre. Por ello, el art. 2.7 reconoce una protección especial para los dos progenitores, regulada en la Directiva 96/34, citada. En caso de utilización del permiso parental, los Estados velarán para que cualquiera de los dos progenitores no sufra represalias por el ejercicio de este derecho: ni despidos, ni reintegración a puestos diferentes ni que se les impida beneficiarse de cualquier mejora a la que hubieran tenido derecho durante su ausencia.

2.- Excepciones al principio de igualdad: actividades profesionales excluidas.

La Directiva 76/207 permite a los Estados excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales –y las enseñanzas a ellas conducentes– en las que el sexo constituya una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio. De la jurisprudencia que voy a examinar, se deriva que el sexo sea determinante, pero también que el objetivo perseguido con la excepción sea legítimo; en tercer lugar, que respete el principio de proporcionalidad y en cuarto que habrá que observar la evolución social. Y que toda excepción a un derecho debe ser interpretada de forma restrictiva.

También la Directiva 2002/73, que modifica la 76/207 introduciendo la interpretación jurisprudencial que se deriva de algunos casos que vamos a analizar, precisa que las actividades profesionales excluidas deben restringirse a las que requieren el empleo de una persona de un sexo determinado por la naturaleza de las actividades profesionales particulares de que se trate, siempre que el objetivo buscado sea legítimo y se respete el principio de proporcionalidad. Por ello, el nuevo art. 2.6 reconoce que “una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

Tratándose de una excepción a un derecho fundamental el Tribunal de Justicia ha hecho una interpretación restrictiva en el sentido de que el derecho a la igualdad de trato no está sujeto a ninguna reserva *general* por motivos de seguridad pública.

⁴³ TJCE, sentencia de 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez* C-342/01.

2.1. Prohibiciones de acceso a determinados trabajos, a su formación profesional y despidos discriminatorios

Cuando el Tribunal ha tenido que juzgar profesiones excluidas (el caso analizado ya de la mujer policía norirlandesa, trabajos nocturnos, o profesiones militares) ha contrastado la exclusión con el principio de proporcionalidad, de forma que el principio de la igualdad de trato pueda conciliarse con las necesidades de la seguridad pública (así, en el citado asunto *Johnston* relativo al despido de las mujeres policías de la policía norirlandesa). También de esa sentencia se deducía que toda exclusión, por su carácter excepcional, debe ser examinada periódicamente teniendo en cuenta la evolución social.

Por ello, el Tribunal aceptó en 1983 que el Reino Unido excluyera de la profesión de comadrona –y de los estudios que habilitaban para su ejercicio- a los hombres pues en aquel momento, “las sensibilidades personales pueden desempeñar un papel importante en las relaciones entre la comadrona y la paciente”. Entonces era 1983, pero desde hace años el Gobierno británico abrió la profesión de comadrona a los hombres ante la evolución social.

Además del caso *Johnston*, el Tribunal ha tenido que juzgar otros asuntos sobre las posibles profesiones o trabajos excluidos. Por ejemplo, las prohibiciones en algunos Estados miembros de turnos de noche para las mujeres trabajadoras.

Dos empresarios franceses fueron procesados por haber empleado a mujeres en un trabajo nocturno, en contra de lo dispuesto por el Código de trabajo francés⁴⁴. Ambos mantenían que dicha norma nacional es contraria a la Directiva 76/207 (art. 5). Francia ya había sido condenada por el Tribunal de Justicia por no suprimir todas las desigualdades prohibidas por dicha Directiva. Según el Gobierno francés dicha prohibición, que reconoce tiene muchas excepciones, responde a objetivos generales de protección de la mano de obra femenina y a consideraciones de carácter social relacionadas con los riesgos de agresión y con la carga superior de trabajo familiar que pesa sobre las mujeres.

Para el Tribunal de Justicia, por lo que respecta a las protecciones, no cree que, salvo en caso de embarazo, los riesgos a que están expuestas las mujeres en el trabajo sean de diferente naturaleza a aquellos a los que también están expuestos los hombres. En lo que se refiere a los riesgos de agresión, el Tribunal hacía una afirmación, no exenta de ironía, al señalar que en el supuesto de que los riesgos sean mayores por la noche que de día, pueden adoptarse medidas adecuadas para hacer frente a los mismos, sin ir en contra del principio fundamental de igualdad; recordó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 28.5.85, asunto *Abdulaziz*) había dicho que un trato diferenciado de las mujeres por relación a los hombres debe estar justificado por motivos objetivos y razonables y debe respetar la proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo previsto.

Dada la similitud de los riesgos a los que los trabajadores de noche, hombres y mujeres, se exponen, un trato diferente a las mujeres no puede justificarse. La Directiva no tiene por objeto regular la organización de la familia o modificar el reparto de responsabilidad dentro de la pareja. El hecho de que admita excepciones, no basta para asegurar el objetivo de la Directiva, que es prohibir un principio general de exclusión de las mujeres del trabajo nocturno. En el caso *Levy* el Gobierno francés alegó que dicha norma interna es de aplicación de un Convenio de la OIT de 1948. Pero el Derecho

⁴⁴ TJCE, sentencias de 25 de julio de 1991, *Ministerio Público c. Stoeckel*, y de 2 de agosto de 1993, *Ministerio Público c. Jean Claude Levy*, C-158/91.

Internacional ha evolucionado y un Protocolo de 1979 y otro de 1990 acogen las nuevas exigencias sociales de igualdad de oportunidades para mujeres y hombres y se abren al trabajo nocturno de la mujer. El Tribunal de Justicia, en la sentencia *Levy*, llegó a la misma conclusión que en *Stoeckel*.

Ahora bien, los Estados siguen siendo muy renuentes a modificar las caducas normas de protección debido a que mediante esas antiguallas legales se puede reservar cierto mercado de trabajo exclusivamente para los varones. Pero en los años noventa la Comisión europea ha aprendido la lección de que no puede seguir siendo tan benevolente con los Gobiernos infractores en asuntos en los que la sociedad va muy por delante de las estructuras políticas. Así se explica que la Comisión se decidiese, por fin después de casi veinte años de vigencia de la Directiva 76/207, a iniciar sendos procedimientos de infracción a Francia e Italia a fin de lograr la constatación de las infracciones que en estas materias mantenían ambos Gobiernos al no derogar leyes de *aparente protección* que prohibían la contratación de mujeres para trabajos nocturnos⁴⁵.

En otro asunto el Tribunal declaró que la Directiva 76/207 se opone a que un contrato de trabajo de duración indeterminada para un trabajo nocturno sea declarado nulo debido a la prohibición legal de trabajo nocturno para embarazadas y madres lactantes; esta prohibición solo les afectaría por un tiempo determinado en relación con la duración total del contrato⁴⁶.

2.2. Acceso a las fuerzas armadas

Tienen mucho interés dos sentencias relativas a las prohibiciones de contratar mujeres en las Fuerzas Armadas⁴⁷. La primera sentencia del TJCE se pronuncia sobre un caso británico y la segunda sobre un caso alemán.

La señora Angela María Sirdar era cocinera en el Ejército de Tierra británico⁴⁸; en una reducción de plantilla fue despedida junto a otros 500 cocineros en 1994. Poco después la Infantería de Marina ofertó plazas de cocineros y recibió una carta a tal fin, a la que ella respondió solicitando la plaza. Al saber que era mujer, le comunicaron que era un error pues era política tradicional de los Royal Marines no contratar mujeres debido a que todos sus miembros, incluidos los cocineros, son instruidos para el

⁴⁵ TJCE, sentencias de 13 de marzo de 1997, *Comisión c. Francia*, C-197/96, y de 4 de diciembre de 1997, *Comisión c. Italia*, C-207/96.

También la Comisión demandó a Austria por prohibir trabajar a mujeres en minas subterráneas y en actividades de buceo (sentencia de 1 de febrero de 2005, *Comisión c. Austria*, C-203/03). Para el TJCE la Directiva 76/207 no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer, como el embarazo, ni excluirlas “por el mero hecho de que son, por término medio, más pequeñas y menos fuertes que la media de los hombres, cuando para dicho empleo se aceptan hombres con características físicas similares”. Una prohibición general no es admisible “en la medida en que también excluye a las mujeres de trabajos que no requieren un esfuerzo físico considerable y que, en consecuencia, no presentan un riesgo específico para la preservación de la capacidad biológica de quedar embarazada o de dar a luz, o para la seguridad y salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, o incluso para con el feto”. La condena se extendió a la normativa austriaca que prohíbe a las mujeres actividades hiperbáricas y de buceo, “mientras que tal empleo no está prohibido para hombres cuya capacidad vital y número de eritrocitos sea similar o inferior a los valores medios de dichas variables medidas sobre mujeres”.

⁴⁶ TJCE, sentencia de 5.5.1994, *Habermann-Beltermann* C-421/92.

⁴⁷ Vid. PASCUA, F., “Derechos fundamentales y fuerzas armadas en la Unión Europea”, *REDE* 14, 2005, pp. 213 y ss.

⁴⁸ TJCE, sentencia de 26 de octubre de 1999, *Angela María Sirdar c. The Army Board*, C-273/97.

combate en primera línea. La ley británica sobre no discriminación excluye de la ley a las normas sobre eficacia en el combate de las Fuerzas Armadas. El juez británico planteó si las normas de las fuerzas armadas sobre la eficacia en el combate están excluidas del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario.

Según el TJCE corresponde a los Estados miembros adoptar las decisiones relativas a la organización de sus fuerzas armadas pues deben garantizar su seguridad interior y exterior. De ello no se deduce que tales decisiones estén totalmente excluidas de la aplicación de Derecho comunitario. El Tratado solo prevé excepciones muy limitadas en materia de seguridad pública y en ningún caso una reserva general.

Por otra parte, la Directiva 76/207 y el principio que protege tiene alcance general y se aplica a las relaciones del empleo del sector público; así pues, las normas internas sobre el acceso al empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo en las fuerzas armadas no están, por regla general, excluidas del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario.

Ahora bien, el TJCE ha reconocido que el sexo puede ser una condición determinante en situaciones muy concretas, pero como excepción de un derecho individual debe ser interpretado muy restrictivamente y tener en cuenta el principio de proporcionalidad.

Este último principio exige –dice el Tribunal de Justicia- que no se sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate. Por ello, el TJCE estimó que el juez nacional debe examinar en las circunstancias del asunto si cabe un margen de apreciación sin violar el principio de proporcionalidad y examinar periódicamente, en función de la evolución social, si se puede mantener la excepción al régimen general de la Directiva. Así pues, las autoridades nacionales disponen de cierto margen de apreciación al adoptar las medidas que consideran necesarias para garantizar la seguridad pública de un Estado miembro. Para el TJCE quedó acreditado que el Cuerpo de los Royal Marines tenía características tan especiales que justificaban que su composición siguiera siendo masculina, aunque advirtió que habrá que ver la evolución social.

En el caso alemán, la señora Kreil⁴⁹ pretendía ingresar en el servicio de mantenimiento del ejército y le fue denegada su solicitud por no permitirse la contratación de mujeres más que en las unidades sanitarias y en las formaciones de música militar. La Constitución alemana y la ley se lo impedían.

El TJCE repite en la sentencia *Kreil* uno por uno los argumentos de la sentencia *Sidar*, pero al examinar la prohibición casi absoluta de contratar mujeres en empleos militares, estimó que no puede considerarse como una excepción justificada por la naturaleza específica de los empleos de que se trata o por las condiciones especiales de su ejercicio. Las excepciones tienen que referirse a actividades específicas. El hecho de que las personas que sirven en las Fuerzas Armadas tengan que utilizar armas no justifica por sí solo la exclusión de las mujeres, pues en los cuerpos auxiliares en que son admitidas son adiestradas en el manejo de las armas. La exclusión general vulnera el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, la Directiva 76/207 se oponía a la aplicación de disposiciones nacionales como las del Derecho alemán que excluyen de manera general a las mujeres de los empleos militares. El acceso a las Fuerzas Armadas

⁴⁹ TJCE, sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil c. Alemania*, C-285/98.

es una relación laboral sometida, como otras muchas, al Derecho Comunitario. Esta sentencia forzó la modificación de la legislación alemana en la materia.

En definitiva, toda excepción a la igualdad de trato debe referirse a puestos específicos y, aun así, tales puestos excluidos deben ser revisados periódicamente.

3.- Discriminaciones directas relativas a varones

Todos los casos analizados hasta ahora se referían a mujeres discriminadas, salvo el asunto sobre los anuncios no neutros (*Nils Draehmpaehl*).

Cuando se habla del principio de igualdad de trato pensamos habitualmente en las discriminaciones sufridas por mujeres. Como colectivo es correcto. Pero el trato desigual es una violación de derechos fundamentales que también la pueden sufrir los varones, si bien al menos en cantidad es radicalmente inferior y, seguramente, en calidad e intensidad. Ningún ser humano debe ser tratado de forma peor que otro por su sexo, tampoco los varones.

3.1. Ventajas sociales y retribuciones (pensiones)

Un caso aparentemente menor fue el que planteó el señor Taylor⁵⁰, jubilado, quien estimó ser discriminado por su sexo al no recibir un complemento de pensión para calefacción que daban a las mujeres jubiladas en el Reino Unido. El Tribunal protegió su situación al estimar que en la medida en que la concesión de la ayuda para gastos de calefacción estaba subordinada a la realización del riesgo de vejez, no tiene que coincidir con la edad legal de la jubilación y no puede ser diferente para los hombres y para las mujeres.

Es frecuente que algunos Estados otorguen algunas bonificaciones a las madres por el cuidado de los hijos. En Francia, además, las funcionarias que han sido madres perciben una bonificación en el momento de la jubilación. El señor Griesmar, antiguo magistrado, demandó al Gobierno francés por violación del art. 119 (hoy 141 TCE)⁵¹. El Tribunal entendió que “la situación de un trabajador no es comparable a la de una trabajadora cuando la ventaja que se le concede únicamente a la trabajadoras está destinada a compensar las desventajas profesionales que para ellas supone la interrupción del trabajo, inherente al permiso de maternidad” (fund. 41); si la bonificación compensa las desventajas profesionales de haber cuidado a los hijos hay que apreciar si los hombres están en las mismas circunstancias.

Es un hecho que las madres asumen una función preponderante en la educación de los hijos. Pero la bonificación es automática para las funcionarias madres sin que tengan que probar que los han cuidado (hay una presunción a su favor), incluso la reciben aunque los hijos nacieran con anterioridad a su condición de funcionarias. El Tribunal entiende que esa presunción “no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un funcionario que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera” (fund. 56), pero la legislación francesa no permitía a un funcionario en esa situación, aun pudiendo probarlo, solicitar la bonificación. Por ello, declaró que esa ley viola el principio de igualdad de retribución al excluir a los funcionarios que puedan probar haber asumido el

⁵⁰ TJCE, sentencia de 16 de diciembre de 1999, *John Taylor*, C-382/98.

⁵¹ TJCE, sentencia de 29 de noviembre de 2001, *Joseph Griesmar*, C-366/99.

cuidado de los hijos. Además se negó a limitar los efectos en el tiempo de dicha sentencia.

Otro caso de discriminación se constató en la sentencia *Henri Mouflin*⁵²: este profesor había solicitado su jubilación para cuidar de su esposa con una enfermedad incurable, pero se le denegó por estar reservado ese derecho sólo para las funcionarias. Para el Tribunal son situaciones comparables y “ningún elemento permite diferenciar la situación de una funcionaria cuyo cónyuge padece una incapacidad o enfermedad incurable que le impide ejercer una profesión de la situación de un funcionario cuyo cónyuge padece este tipo de incapacidad o enfermedad”, por lo que sentenció que tal disposición vulneraba el principio de igualdad de retribuciones.

3.2. Servicio militar

Las sentencias *Sirdar* y *Kreil*, ya analizadas, sobre la prohibición de excluir a las mujeres del acceso a las Fuerzas Armadas dieron pie a un nuevo caso en el que un joven alemán, Alexander Dory, alegó discriminación cuando fue llamado a cumplir con su servicio militar, obligación legal y constitucional exclusiva de los varones en Alemania, si bien ya se había establecido legalmente que las mujeres también pueden acceder voluntariamente a la carrera militar⁵³. El Tribunal Administrativo de Stuttgart tuvo dudas ante esas alegaciones, considerando que podía haber discriminación pues el servicio militar retrasa el acceso de los hombres al empleo y a la formación, si bien también consideró que se podría compensar ese retraso en los varones por los períodos de interrupción del trabajo por razón de la maternidad y educación de los hijos que sufren las mujeres. El señor Dory llegó a solicitar medidas provisionales para paralizar su ingreso en filas, que fueron declaradas inadmisibles por el TJCE.

En el proceso principal el Gobierno alemán adujo la importancia fundamental del servicio militar como vector de integración interior y para garantizar la transparencia democrática del aparato militar. El Gobierno francés apoyó a Alemania entendiendo que el servicio militar no puede equipararse a una profesión y, por consiguiente, no está comprendido en el ámbito de aplicación del Tratado. También Finlandia recordó la posición del Tribunal en la sentencia *Kreil* en la que había declarado que las decisiones fundamentales en materia de defensa son competencia de los Estados miembros, y no se impide el acceso voluntario de las mujeres al servicio militar. Para la Comisión el servicio militar no genera relación laboral y queda fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario por lo que un Estado puede invocar el art. 6.3 TUE (respeto a la identidad nacional) y el art. 5 TCE (cooperación leal) para lograr el respeto a su soberanía en materia de defensa.

El TJCE reconoció que aunque el Tratado admite excepciones basadas en la seguridad nacional, no hay una reserva general que la excluya del Derecho comunitario. Por ello, la organización de las fuerzas armadas no está excluida completamente del Derecho comunitario cuando se trata de la observancia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, si bien no debe deducirse que pueda regular las decisiones de organización militar relativas a la defensa de su territorio y sus intereses esenciales (fund. 35). Reconoció “la existencia de repercusiones desfavorables en el acceso al empleo”, pero que no pueden conllevar “obligar al Estado miembro a extender a las

⁵² TJCE, sentencia de 13 de diciembre de 2001, *H. Mouflin c. Recteur de l' Académie de Reims* C-206/00.

⁵³ TJCE, sentencia de 11 de marzo de 2003, *A. Dory c. República Federal de Alemania* C-186/01. El auto denegatorio de medidas provisionales es de 24 de octubre de 2001, C-186/01 R.

mujeres la obligación de efectuar el servicio militar” o a suprimir el servicio militar obligatorio. Concluyó en su fallo que “el Derecho comunitario no se opone a que el servicio militar obligatorio esté reservado a los hombres”.

IV.- DISCRIMINACIONES INDIRECTAS

Hasta la nueva Directiva 2002/73 no se había definido en el Derecho derivado la noción de discriminación indirecta. Hay que reconocer que ni el antiguo art. 119 TCE ni la Directiva 75/117 que lo desarrolló mencionaban esta clase de discriminación; fue el Tribunal de Justicia, en su sentencia *Defrenne II*, quien aludió al alcance del principio entendiendo que la prohibición comprendía tanto las discriminaciones directas como las indirectas. De ahí que a partir de entonces todas las Directivas posteriores a la 75/117 incluyan expresamente la prohibición de las discriminaciones indirectas, si bien no se han definido hasta la Directiva 2002/73 la noción y elementos de la discriminación indirecta.

Una de las primeras definiciones no legales figura en las Conclusiones del Abogado General Manzini: es la que “no se basa formalmente en el sexo, pero da lugar a un resultado práctico que no es diferente de aquél al que conducen las disparidades que se refieren explícitamente al sexo”⁵⁴. Pero el Tribunal se ha referido a estas discriminaciones en decenas y decenas de sentencias, por lo que se pueden sistematizar los elementos de una discriminación indirecta:

- Un criterio aparentemente neutral pero que afecta a un número más importante de personas de un sexo. Un criterio neutral aplicable a ambos sexos es el estado familiar, el trabajo parcial, la movilidad, la disponibilidad, la formación universitaria o profesional, etc. La proporción sensiblemente mayor de personas de un sexo afectadas por tales medidas es una cuestión de hecho que debe dejarse a la apreciación de los tribunales nacionales.
- Que el trato diferenciado no esté motivado por un objetivo suficientemente importante que merezca protección. Tales motivos deben constituir una excepción al principio de igualdad de trato (necesidad de la empresa, protección de la familia, etc.)
- Que los medios sean proporcionados y necesarios, si bien es también una cuestión de hecho que el juez nacional debe apreciar.
- La parte demandante debe probar que hay un trato diferente que conduce a una discriminación; y la demandada debe probar que persigue un objetivo importante con los medios adecuados y necesarios.

⁵⁴ Asunto *Teuling*, 30/85.

Este tipo de discriminaciones son relativamente abundantes y consentidas por los Estados y sus cuerpos de inspección del trabajo. En diciembre de 2005 saltó a la prensa española la huelga de trabajadores de una fábrica de galletas *SOS Cuétara* en Villarejo de Salvanes por la discriminación sistemática que sufrían sus trabajadoras. El departamento de manipulado y envasado estaba formado exclusivamente por mujeres; el departamento de producción sólo por hombres; siendo equivalentes, las mujeres cobran salarios inferiores en 300 euros respecto de los varones. Los oficiales de segunda de producción cobran 100 euros más que las oficiales de primera en envasado. Los peones –de producción– perciben 50 euros más que la máxima categoría profesional en envasado, donde sólo trabajan mujeres. El portavoz de la empresa estaba convencido de que todo era legal y constitucional pues la inspección de trabajo no se había dirigido a ellos. Ver diario *El Mundo*, 29 de diciembre de 2005.

Años más tarde el Tribunal se ha ido decantando por precisar aspectos importantes relativos a la carga de la prueba que examinaremos.

1.- Apariencia de no discriminación e inversión de la carga de la prueba

En el asunto *Danfoss*⁵⁵ un sindicato danés demandó a una empresa por infringir la Directiva 75/117 pues si bien todos los empleados percibían un mismo salario básico, la empresa concedía, según lo pactado en el convenio colectivo, incrementos salariales individuales calculados en función de criterios como el sentido de la responsabilidad, la flexibilidad, la formación profesional, la antigüedad, etc. Aplicando esos criterios, el salario de los empleados era un 6,85 % mayor que el de las empleadas. Las mujeres empleadas no podían identificar la forma en que el empresario aplicaba los criterios que llevaban a la diferencia salarial. Por ello el Tribunal, en esta importantísima sentencia, entendió que “cuando una empresa aplica un sistema de remuneración que se caracteriza por la falta absoluta de transparencia, incumbe al empresario la prueba de que su práctica salarial no es discriminatoria” si se prueba que la remuneración media de unos es inferior a la de otros. Exige, pues, una obligación de transparencia.

El Tribunal estimó que hay que explicar cómo se aplican los criterios salariales: si un criterio perjudica sistemáticamente a un sexo ya no es neutral. Cuando se aplica el criterio de la flexibilidad, el Tribunal señaló que si se utiliza para remunerar la calidad del trabajo realizado, es correcto, pero si ese criterio (como el de la formación profesional específica o la antigüedad) se utiliza, se deberá probar que “revisten importancia para la ejecución de las tareas específicas que se encomienden al trabajador”. Y estimó, en esta ocasión, que el criterio de la antigüedad o experiencia es objetivo y generalmente significa que está en mejores condiciones de cumplir sus obligaciones.

Cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política salarial no es discriminatoria, una vez que el trabajador femenino haya demostrado con respecto a un número importante de trabajadores que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos. Concluyó que la interpretación de la Directiva 75/117 “incluye la modificación de las normas nacionales relativas a la carga de la prueba en las situaciones especiales en que tales modificaciones sean indispensables para la aplicación efectiva del principio de igualdad”.

Claro que también nos podemos encontrar con un sistema de retribuciones transparente, pero que discrimina entre sexos. En la sentencia *Enderby*⁵⁶ se planteaba la inferior retribución de los logopedas del Servicio Nacional de Salud británico, mayoritariamente mujeres, frente los psicólogos clínicos y farmacéuticos, carreras equivalentes, pero mejor retribuidas y compuestas por una gran mayoría de hombres.

Para el Tribunal de Justicia la carga de la prueba recae, en principio, sobre el trabajador que se considera víctima de una discriminación y ejercita una acción judicial contra su empleador, pero puede invertirse cuando resulte necesario para no privar a los trabajadores víctimas de una discriminación aparente de ningún medio eficaz para hacer respetar el principio de igualdad de retribuciones.

⁵⁵ TJCE, sentencia de 17 de octubre de 1989, *Danfoss* 109/88.

⁵⁶ TJCE, sentencia de 27 de octubre de 1993, *Enderby* C-127/92.

Hay una apariencia de discriminación en una práctica salarial que se aplica independientemente del sexo del trabajador, pero que de hecho afecta a más mujeres que hombres. Solamente puede haber discriminación por razón del sexo entre dos grupos de trabajadores si ambos grupos realizan, si no el mismo trabajo, al menos un trabajo al que se le atribuya el mismo valor.

En otras sentencias ha abordado el concepto de un *mismo* trabajo o trabajos de un *mismo* valor; para ello “debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable”⁵⁷. En el caso *Enderby* estimó que el trabajo de los logopedas era de un valor igual al de los farmacéuticos en el Servicio Nacional de Salud del Reino Unido, pero en otro caso⁵⁸ estimó que la función de las psicoterapeutas no era el mismo cuando lo ejercían las psicólogas (mujeres, y de inferior valor) que el ejercido por los médicos (mayoría hombres); el Tribunal entendía que unos y otros aportan al ejercicio de la función de psicoterapeuta conocimientos y saber hacer distintos y que los que tienen formación de médicos pueden ejercer otras actividades distintas que la psicoterapia. Pero el caso es que en la práctica desempeñaban el mismo trabajo, un trabajo de valor igual; unos y otros potencialmente podían hacer otros trabajos de médicos, pero también de psicólogos. Claro que en una y otra sentencia el Tribunal deja una válvula de escape para la diferenciación salarial a pesar del trabajo de igual valor, cual es el hecho de que la demanda en el mercado de trabajo sea mayor de farmacéuticos que de logopedas, o de médicos psicoterapeutas que de psicólogos.

Volviendo a la sentencia *Enderby* el Tribunal estimó que si hay suficientes datos estadísticos (un número importante o significativo, frente a situaciones fortuitas o coyunturales, que el juez nacional deberá apreciar) que pongan de manifiesto una diferencia considerable de retribuciones entre dos funciones del mismo valor, una de las cuales es desempeñada casi exclusivamente por mujeres y la otra fundamentalmente por hombres, el art. 119 (hoy, 141 TCE) exige que el empleador justifique dicha diferencia mediante factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

En esta sentencia precisó que la inversión de la carga de la prueba es una excepción a un principio general en materia de prueba; el que alega algo debe probarlo, y así debe hacerlo el o la trabajadora que se considere víctima de una discriminación de su empleador; pero la adaptación o inversión de la carga de la prueba se impone desde que se observa una apariencia de discriminación; y con mayor razón si no hay transparencia en el sistema de retribuciones.

Estas sentencias propiciaron años más tarde que se adoptara la Directiva 97/80 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo⁵⁹. Se articula en ella la doctrina jurisprudencial expuesta; se aplica a todas las situaciones cubiertas por el art. 141 y las directivas 75/17 (retribuciones), 76/207 y 2003/73 (acceso y condiciones), 92/85 y 93/34 (sobre permiso parental) y a cualquier procedimiento civil o administrativo, en el sector público o privado que prevea un recurso; quedarían fuera de la Directiva los procedimientos extrajudiciales y los procesos penales.

Los Estados deben modificar sus ordenamientos para permitir a una persona presentar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o

⁵⁷ TJCE, sentencias de 31 de mayo de 1995, *Cerámicas Royal Copenhagen* C-400/93; 26 de junio de 2001, *Susana Brunnhofer* C-381/99.

⁵⁸ TJCE, sentencia de 11 de mayo de 1999, *Wiener Gebietskrankenkasse* C-309/97.

⁵⁹ DO L 14 de 20 de enero de 1998, p. 6.

indirecta y que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. También los Estados podrán establecer un régimen de prueba más favorable a la parte demandante. Pero podrán verse exceptuados de la inversión de la carga de la prueba en aquellos procesos cuya instrucción dependa de un órgano jurisdiccional. Esta Directiva debió trasponerse a los ordenamientos internos el 1 de enero de 2001.

2.- Trabajo parcial, antigüedad, retribuciones y despidos discriminatorios,

En el asunto *Helga Nimz*⁶⁰ nos volvemos a situar ante una discriminación indirecta de una trabajadora a tiempo parcial. En el convenio colectivo de trabajadores contratados de la función pública se establecía que la antigüedad a efectos de promoción interna a grupos superiores, se tomaría en cuenta en su totalidad para los trabajadores que efectúan al menos tres cuartas partes del horario de trabajo normal, pero solo se tomaría en cuenta la mitad cuando los trabajadores tienen un horario comprendido entre la mitad y tres cuartas partes del horario normal.

La señora Nimz se consideraba víctima de una discriminación al no aceptar su pase a la superior categoría por tener un horario inferior a las tres cuartas partes del horario normal. Más del noventa por cien de los empleados a tiempo parcial eran mujeres; sólo el cincuenta y cinco por cien eran mujeres entre los que trabajaban por encima de tres cuartas partes o a tiempo completo.

Para el TJCE, el hecho de que un porcentaje considerablemente más débil de hombres que de mujeres trabajase a tiempo parcial, permitía deducir que tal convenio colectivo era contrario al art. 119 (hoy 141 TCE). Salvo que la diferencia del trato entre las dos categorías de trabajadores se justificase por factores objetivos y extraños a toda discriminación fundada en el sexo (como ya había dicho en la sentencia *Bilka-Kaufhaus*⁶¹).

El municipio de Hamburgo trató de justificar que los trabajadores a tiempo completo o a tres cuartas partes adquieren más deprisa que los otros las capacidades y las competencias relativas a su actividad y tienen más experiencia, como dijo el Gobierno alemán. Pero para el Tribunal tales consideraciones son simples generalizaciones que no permiten deducir criterios objetivos y extraños a toda discriminación; es verdad que la antigüedad va a la par con la experiencia, pero la objetividad de tal criterio depende de todas las circunstancias de cada caso y, en especial, de la naturaleza de la función ejercida y de la experiencia que el ejercicio de esta función aporta después de un cierto número de horas de trabajo efectuadas. En todo caso es el juez nacional el que debe apreciar las razones objetivas y extrañas a toda discriminación.

En definitiva, el juez nacional está obligado a descartar las disposiciones del convenio colectivo sin que tenga que esperar a su eliminación previa por negociación colectiva o por otro procedimiento. Y aplicar a los miembros del grupo desfavorecido por esa discriminación el mismo régimen que beneficia a los otros trabajadores.

- 1 La antigüedad fue el eje central de la sentencia, ya citada, *Cadman*⁶²; la litigante tenía un cargo directivo como inspector y tomó como personas de referencia a cuatro

⁶⁰ TJCE, sentencia de 7 de febrero de 1991, *Helga Nimz c. ciudad de Hamburgo*, C-184/89.

⁶¹ TJCE, sentencia de 13 de mayo de 1986, *Bilka-Kaufhaus* 170/84.

⁶² TJCE, sentencia de 3 de octubre de 2006, asunto C-17/05.

colegas masculinos, asimismo inspectores de mismo grado que percibían retribuciones mucho más elevadas que ella debido a la mayor antigüedad pero por otros puestos de inferior grado. Para el Tribunal, “en el supuesto de que la utilización del criterio de la antigüedad como factor que contribuye a la fijación de las retribuciones redunde en disparidades de retribución, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, entre los trabajadores y las trabajadoras que han de incluirse en la comparación, el artículo 141 CE debe interpretarse en el sentido de que:

- Dado que, por regla general, la utilización del criterio de la antigüedad es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea para alcanzar la citada finalidad en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto.
- Cuando para la fijación de la retribución se utilice un sistema de clasificación profesional fundado en una evaluación del trabajo que debe realizarse, no es necesario acreditar que un trabajador considerado individualmente haya adquirido, durante el período pertinente, una experiencia que le haya permitido desempeñar mejor su trabajo”.

Si en esos casos parece algo complicada la tarea que se endosa a los jueces nacionales, en la sentencia *Seymour-Smith y Pérez*⁶³ se enfrentó a un caso más complicado y el TJCE afina y ejemplariza cómo debe desarrollarse la tarea de averiguar la discriminación indirecta. La Cámara de los Lores planteó si era o no discriminatoria la normativa británica que protege contra el despido improcedente a los trabajadores empleados por un período mínimo de dos años. Ambas señoras estimaban que esa norma favorecía a los hombres.

La High Court lo desestimó porque, a pesar de que la norma controvertida afectaba a las mujeres más que a los hombres, las estadísticas no probaban que dicha incidencia fuera desproporcionada. Entre las preguntas de la Cámara de los Lores destaca la que pide que “se defina el criterio jurídico para determinar si una medida...afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta el punto de equivaler a una discriminación indirecta...”.

El TJCE declara que hay que comprobar, en primer lugar, si una medida produce efectos más desfavorables para las mujeres que para los hombres. Hay que comprobar las proporciones respectivas de hombres y mujeres que reúnen los dos años y los que no los reúnen.

Si el porcentaje es considerablemente menor en las mujeres estaremos ante una discriminación, a menos que esa norma esté justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo. Y del caso se desprendía que el porcentaje no era mayor. Por lo que se refiere a la justificación objetiva, señaló que si un Estado puede probar que los medios elegidos responden a una finalidad legítima de su política social, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta, y son necesarios a tal fin, el mero hecho de que la disposición legal perjudique a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadoras que de trabajadores no puede ser considerado como infracción del principio de igualdad de trato.

⁶³ TJCE, sentencia de 8 de febrero de 1999, *Seymour-Smith y Pérez* C-167/97.

En otro orden de cosas también es de destacar que el Tribunal estimó que la indemnización por despido improcedente es una remuneración y se ve afectado por la directiva sobre igualdad de retribuciones (75/117); en caso de readmisión opera la directiva sobre acceso y condiciones de trabajo (76/207)

3. Discriminación y formación profesional

Tomemos como sentencia relevante el caso *Johanna Lewark*⁶⁴. En su empresa trabajaban 21 trabajadores, de los cuales siete hombres (seis en jornada completa, uno parcial) y catorce mujeres (cuatro en jornada completa, diez parcial). La señora Lewark era miembro del Comité de Empresa. Cuando realizan cursos de formación en el comité de empresa, la empresa les paga la jornada completa, ya sea relevándoles de sus obligaciones laborales, ya sea pagándoles las horas del curso cuando son fuera de la jornada laboral, como era este caso. Pero la empresa no le pagó esas horas en su caso al estar a jornada parcial.

El Tribunal de Justicia estima que ese pago es equivalente a la retribución. Luego, en este caso, la retribución global percibida por los trabajadores a tiempo parcial es, a igualdad de horas trabajadas, inferior a la obtenida por los trabajadores en régimen de jornada completa, miembros de esos mismos comités de empresa.

Si se demostrara que un porcentaje considerablemente inferior de mujeres que de hombres trabaja en régimen de jornada completa, el hecho de que los trabajadores a tiempo parcial no puedan disfrutar de determinadas ventajas sería contrario al art. 119 en el caso de que, habida cuenta las dificultades que encuentran los trabajadores femeninos para poder trabajar en régimen de jornada completa, dicha medida no puede explicarse por factores que excluyan una discriminación por razón de sexo. Por ello, el Tribunal de Justicia manejó estadísticas: reconoce que el 93.4 % de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres. Por ello estimó que suponía una discriminación indirecta por razón de sexo. Esa legislación alemana podía disuadir al grupo de trabajadores a tiempo parcial en el que la proporción de mujeres es indiscutiblemente preponderante, de ejercer las funciones de miembro de un comité de empresa o de adquirir los conocimientos necesarios para el ejercicio de estas funciones, haciendo así más difícil la representación de este grupo de trabajadores por miembros de comités de empresa cualificados.

Con mayor claridad y rotundidad, en casos posteriores, el Tribunal ha afirmado que “una disposición discrimina indirectamente a las trabajadoras cuando, a pesar de estar redactada en términos neutros, perjudica en realidad a un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres, a no ser que tal medida esté justificada por razones objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo”⁶⁵. Por ello estaría justificado, por ejemplo en el caso *Rinke*, exigir en una formación como la de médico generalista un determinado número de períodos de formación a tiempo completo, aunque las mujeres médicos tienen más dificultades que los médicos hombres para cumplir ese requisito de una Directiva comunitaria sobre formación en medicina; ahora bien, tal exigencia está justificada por razones objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo.

⁶⁴ TJCE, sentencia de 6 de febrero de 1996, *Johanna Lewark y el Servicio de Salud*.

⁶⁵ TJCE, sentencias de 6 de abril de 2000, *Jørgensen*, C-226/98 y de 9 de septiembre de 2003, *Katharina Rinke c. Ärztekammer Hamburg* C-25/02.

V.- LAS ACCIONES POSITIVAS PARA SUPERAR LA DESIGUALDAD DE OPORTUNIDADES

1.- De la sentencia *Kalanke* a...

La sentencia *Kalanke*⁶⁶ causó una seria conmoción en los medios de comunicación europeos en los que ocupó primeras páginas y gran debate.

Una ley regional alemana establecía un régimen de cuotas no automático sino dependiente de las aptitudes de las candidatas para proveer los puestos de trabajos. Las mujeres se beneficiarían de una prioridad solo en casos

- de cualificaciones iguales
- y si las mujeres están infrarrepresentadas (cuando no cubren al menos la mitad de los puestos en los diferentes grados en su categoría y en los distintos niveles del organigrama).

Esa ley alemana concedía automáticamente la preferencia a las mujeres cuando se reunían esas circunstancias.

La Directiva 76/207 contenía una excepción en el art. 2.4 en el sentido de no oponerse a la adopción de medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades, “en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres” en materia de acceso al empleo, promoción, formación profesional, así como las condiciones de trabajo.

El juez alemán que planteó el asunto estimaba que el régimen de cuotas podía contribuir a superar en el futuro las desventajas sufridas actualmente y que perpetúan las desigualdades del pasado, al acostumbrar a las mujeres a ejercer actividades prestigiosas.

Me voy a detener en las interesantes y discutibles conclusiones del Abogado General del caso, Tesauero, quien se planteó en este debate el alcance de la derogación del principio y el significado mismo del principio de igualdad. La igualdad formal es la igualdad de trato entre individuos pertenecientes a grupos diferentes; la igualdad sustancial es la igualdad de trato entendida como la igualdad entre los grupos. Entonces, el derecho de cada individuo a no ser objeto de discriminación fundada en el sexo, debe ceder ante los derechos de un grupo desfavorecido, en este caso las mujeres, a fin de compensar las discriminaciones sufridas por este grupo en el pasado. Según sus Conclusiones las acciones positivas tratan de lograr la igualdad de oportunidades de grupos minoritarios o desfavorecidos mediante tratos preferenciales. Hay un tránsito de una visión individual a una visión colectiva.

Las medidas de acción positiva pueden afectar a la orientación y la formación profesional o de favorecer el reparto de responsabilidades familiares (horarios de trabajo, reinserción profesional de madres, compensa fiscal); tratan de alcanzar la igualdad sustancial, aunque no de forma inmediata. Analizó también el sistema de las cuotas y *goals* (puntos añadidos a un grupo), admitido, por ejemplo, en los EEUU para los ciudadanos de color y confirmado por el Tribunal Supremo siempre que sean temporales y se justifiquen de modo objetivo; sólo se justifican si responden a un interés público imperativo.

⁶⁶ TJCE, sentencia de 17 de octubre de 1995, *Kalanke c. Ciudad de Bremen* C-450/93.

Con estos sistemas, la igualdad de *oportunidades* se identifica entonces con la igualdad de *resultados*; lo que para el Abogado General Tesauro tiene incidencia en la igualdad de los individuos, principio protegido constitucionalmente.

Se trataba de saber para el Abogado General si el art. 2.4, que permitía medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades, era un problema de igualdad en el punto de partida o igualdad en el punto de llegada. Para él, la igualdad de oportunidades no puede ser igualdad de resultados. La ley alemana no estaba destinada a garantizar la igualdad en la partida; ambos sexos tienen iguales suertes en la partida; dando preferencia a las mujeres se trata de alcanzar la igualdad de resultados. Para él ese no era el objetivo ni la *ratio legis* del art. 2.4. Es verdad que la igualdad de partida no garantiza la igualdad de resultados. La estructura social penaliza a las mujeres, en especial en los puestos de responsabilidad.

Se preguntaba si el art. 2.4 engloba las acciones que comportan una prefijación de resultados mediante cuotas subordinadas a ciertas condiciones y observó que el Tribunal de Justicia⁶⁷ había rechazado que fueran consideradas excepciones medidas como la reducción de horarios, la reducción de la edad de jubilación, permisos por enfermedad de hijos, permisos extras por cada hijo, subvenciones a las madres para gastos de guardería, etc.

Estimaba que el objetivo de la Directiva es la igualdad sustancial, tomando la desigualdad de hecho por pertenecer a un grupo de personas y autorizando ciertas desigualdades para realizar la igualdad, es decir, autorizando discriminaciones aparentes. El tratamiento diferenciado lo admite la Directiva; por ejemplo, ante situaciones específicas como el embarazo y la maternidad se neutralizan los efectos de ciertas diferencias específicas entre hombres y mujeres: la *diferencia* legitima las desviaciones de la igualdad formal. Pero la diferencia no se vincula a un estado específico de la mujer, sino que concierne a todas. El Abogado General era partidario de otras medidas como los horarios de trabajo, etc. criticando al Tribunal por su severidad excesiva por rechazarlo.

La acción positiva no puede ser considerada ni utilizada, en su opinión, como un medio de restaurar medidas mediante discriminaciones ante una situación de igualdad. Acciones en favor del desarrollo de la presencia y participación de las mujeres está formulada en términos de estímulo pero no como una preferencia mecánica. No autoriza la discriminación sino que se deben eliminar los obstáculos que afecten a las oportunidades de hombres y mujeres. El Tratado, en su opinión, permitía medidas compensatorias pero no deben traducirse en medidas discriminatorias.

Dejemos la Conclusiones del Abogado General. La sentencia del Tribunal tenía una fundamentación escasa. Para el Tribunal de Justicia, de entrada, la ley alemana entrañaba una discriminación por razón de sexo al establecer que en una promoción las mujeres que tenían la misma capacitación que sus competidores masculinos gozaban automáticamente de preferencia en los sectores que estuvieran infrarrepresentadas (f. 16); sin embargo, examinó la ley por si quedara amparada por la excepción del art. 2.4 de la Directiva 76/207, entendiendo que las “medidas de promoción de la igualdad de oportunidades, para corregir las desigualdades” tienen una “finalidad precisa y limitada”. Entendió que hubiera sido admisible si fuera autorizar medidas que aunque fueran discriminatorias en apariencia estuvieran destinadas a eliminar o reducir las desigualdades de hecho en la vida social” (como sucedía en la citada sentencia,

⁶⁷ Por ejemplo, cita la sentencia del TJCE de 25 de octubre de 1988, *Comisión c. Francia* 312/86.

Comisión c. Francia), como serían, por ejemplo, medidas para mejorar la capacidad de competir y desarrollar una carrera profesional. En ese sentido recordó una recomendación del Consejo favorable a medidas tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan de comportamiento y de estructuras de la sociedad. (Recomendación 13.12.84).

Pero las excepciones se deben interpretar restrictivamente, por lo que concluyó que “una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento y sobrepasa los límites de la excepción”. Añadió, además, que aquella normativa al pretender “establecer la igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades... por su resultado, que solo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades” (f. 22-23).

2.- ...a la sentencia *Hellmut Marschall*. La legalidad de las acciones positivas a partir del Tratado de Ámsterdam⁶⁸

Dos años tardaría el Tribunal en cambiar la doctrina *Kalanke* contraria a las medidas positivas, claro que propiciada y condicionada por la reforma de los Tratados por la Conferencia Intergubernamental de 1996, que desembocó en el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 (en vigor el 1 de mayo de 1999). Este Tratado además de dar una nueva redacción al viejo art. 119 y abrir el principio de igualdad de trato a todas las esferas de la vida, incluyó expresamente el reconocimiento de la legalidad de las acciones positivas a favor de un sexo determinado en el nuevo apartado 4 del art. 119: ...“el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. El Tratado no había entrado en vigor cuando el Tribunal dió un giro a su jurisprudencia, pero ya se había firmado y la nueva normativa impulsó al Tribunal a hacer un esfuerzo interpretativo y encontrar una salida “constitucional” a las acciones positivas.

Desde luego, el Tratado de Ámsterdam representa el máximo avance hasta ahora en materia de igualdad de trato, techo que ni tan siquiera el Tratado constitucional de 2004 ha superado y que, por otra parte, se limita a reproducir lo existente en materia de igualdad. Por ello cuando se dice que uno de los *costes* de la “*No Constitución*” sería que no avanzaríamos en la igualdad de género no tiene fundamento jurídico ni político alguno. El Tratado constitucional, incluida su Carta, nada añade a la normativa actual del art. 13 y 141 TCE y al desarrollo en las Directivas citadas en el epígrafe II.

⁶⁸ Entre la abundante bibliografía puede verse, BARRERE UNZUETA, M.A.: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Civitas-IVAP, 1997; GIMÉNEZ GLUCK, D.: Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Valencia, Tirant lo blanch, 1999; HAQUET, A.: «L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes», RTD eur. 37, (2), 2001, pp. 305-333; MANZINI, G.F.; O'LEARY, S.: «The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union». *E.L.Rev.*, vol.24, 1999, pp. 331-353; MILLÁN MORO, L.: «Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 2, nº 3, enero/junio, 1998, pp. 173-204; ROSSILLI, M.: *Políticas de Género en la Unión Europea*, Madrid, Narcea, 2001; TOBLER, C.: «Sex equality under the Treaty of Amsterdam», *European Journal of Law*, vol.2, 2000, nº 1, pp. 135-153.

El Tribunal tuvo muy pronto oportunidad de acomodarse al nuevo precepto – aunque sin vigencia en ese momento- en el asunto *Hellmut Marschall*⁶⁹; de nuevo, una ley regional alemana preveía que cuando hubiera una promoción, si hay menos mujeres que hombres, se concedería preferencia en la promoción a las mujeres a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurrieran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor. Se reconocía que aún en caso de igual capacitación, se tiende de hecho a promover al hombre antes que a la mujer, debido a la aplicación de criterios tradicionales que perjudican siempre a las mujeres.

En el asunto en cuestión intervinieron a favor de la legalidad de la ley regional, además del Land del Norte de Wetsfalia, los Gobiernos austriaco, sueco, español, finlandés y noruego en la medida en que esa medida favorece el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad y a reequilibrar los mercados de trabajo (intervinieron en contra los Gobiernos francés y británico). Subrayaban los primeros que la disposición no garantiza a las mujeres una preferencia absoluta e incondicional.

En esta última consideración el Tribunal ve un asidero argumentativo para estimar que la medida era compatible; observó en ello una diferencia con la normativa del caso *Kalanke*, pues en este caso había automatismo, mientras que en el caso *Marschall* hay una “cláusula de apertura” que en cada caso particular, -señalaba el Tribunal- “garantiza a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino. No obstante, debe recordarse, a este respecto, que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas”.

De su jurisprudencia se puede sistematizar lo siguiente en materia de acciones positivas:

- 1- las acciones positivas son una excepción al principio de igualdad de trato;
- 2- tal excepción tiene una finalidad precisa y limitada encaminada a autorizar medidas discriminatorias en apariencia y destinadas a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la vida social;
- 3- cuando se accede a un empleo o una promoción no puede justificarse el goce automático de preferencia en los sectores en que haya infrarrepresentación;
- 4- y siempre que se garantice a otros candidatos una valoración objetiva en la que se tendrán en cuenta todos los criterios que concurran en los candidatos, independientemente de su sexo.

El Tribunal abría así su doctrina a la legalidad de las acciones positivas a favor del sexo discriminado en un marco de equilibrio a los derechos fundamentales de todos.

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam haría el resto para normalizar ya una práctica en esta materia.

Los Estados miembros fueron sensibles a las críticas generalizadas a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la sentencia *Kalanke* de 1995 en la que se

⁶⁹ TJCE, sentencia de 11 de noviembre de 1997, *Hellmut Marschall* C-409/95.

rechazaron como contrarias al Derecho Comunitario las acciones positivas en favor de la mujer.

Para evitar estas distorsiones entre la conciencia social y la labor del Tribunal comunitario, el Tratado de Ámsterdam clarifica en un nuevo apartado del art. 141 (que sustituye al antiguo art. 119) TCE que la igualdad debe ser garantizada en la práctica y para ello los Estados miembros podrán mantener o adoptar medidas que permitan ventajas concretas para facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o para evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. El nuevo apartado 4 del art. 141 consagraba en el Tratado mismo las acciones positivas a favor de cualquiera de los sexos menos representado. Una Declaración anexa aclara que, aunque el nuevo apartado está redactado de forma neutra para garantizar la igualdad de trato, el objetivo primero de tales acciones de los Estados miembros es aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral.

Es verdad que a la hora de examinar la compatibilidad de concretas medidas positivas el Tribunal ha sido muy minucioso y, a veces, restrictivo pero han ido tomando un espacio en la conciencia del legislador y de las jurisdicciones.

Otros muchos casos han ido llegando al Tribunal con diferentes perfiles de medidas positivas. Por ejemplo, en el asunto *Badeck*⁷⁰ se examinaban medidas positivas encaminadas a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas, también con motivo de una ley regional. El objetivo era lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social.

No deja de ser curioso que entre los criterios para la selección deben tenerse en cuenta la capacidad y la experiencia adquiridas en el ejercicio del trabajo familiar en la medida en que tengan importancia para la aptitud, la competencia y la capacidad técnica (cualificación) de los candidatos en relación con las exigencias del puesto vacante o de la función que deban desempeñar. El Tribunal mantiene en lo esencial su doctrina *Marschall* aceptando una medida positiva en materia de acceso al empleo siempre que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos. En relación con las medidas positivas en formación, lo que se reservaba a las mujeres no eran puestos de trabajo, sino plazas de formación profesional para obtener una cualificación con miras a un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública. El Tribunal estimó que esas medidas se limitan a mejorar las oportunidades de las candidatas femeninas en el sector público. También aceptaba que en los órganos de representación de los trabajadores y en los de gestión y control se tuviera en cuenta el objetivo de que la participación de la mujer en el seno de dichas instancias sea al menos igual.

En otro litigio tuvo que examinar y concluyó que era compatible con la Directiva 76/207 medidas que reservan plazas de guarderías subvencionadas a los hijos de las funcionarias en Ministerios con escasa presencia de mujeres, si bien permite el acceso a los hijos de funcionarios en casos de urgencia (por ejemplo, si asumen la guarda de sus hijos)⁷¹.

⁷⁰ TJCE, sentencia de 28 de marzo de 2000, *G. Badeck y otros* C-158/97.

⁷¹ TJCE, sentencia de 19 de marzo de 2002, *H. Lommers* C-476/99.

Una sentencia discutible y criticada fue el asunto *Abrahamsson y Anderson c. Fogelqvist*⁷² sobre el concurso para proveer un puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera al que se presentaron varias mujeres y un hombre. Después de varias vicisitudes en el concurso, se propuso a la señora Fogelqvist, a pesar de que, a igualdad de méritos, había una diferencia apreciable a favor del señor Anderson. Para el Tribunal el método de selección aplicado era desproporcionado en relación con el objetivo perseguido y podía vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de puestos.

Como sucedía con las discriminaciones directas, que casi siempre se sufren por mujeres, también acostumbramos a pensar que las beneficiarias de las acciones positivas favorecen a las mujeres; pero también pueden compensar dificultades sufridas por hombres.

Con frecuencia las discriminaciones sobre los varones son una consecuencia de los deberes militares obligatorios en aquellos Estados miembros que mantiene el servicio militar de los varones. Esa obligación origina ciertas perturbaciones que en Alemania se han tratado de compensar generando alguna tensión. Así la señora Schnorbus⁷³ solicitó hacer sus prácticas en la función pública alemana, lo que le fue demorado en varios períodos por el gran número de solicitantes y por la preferencia de los varones que han prestado el servicio militar. Demandó al Gobierno regional por discriminación. El Tribunal descartó que fuera una discriminación directa por el sexo; en cambio estimó que como las mujeres no están obligadas a prestar el servicio militar podía entenderse que era una discriminación indirecta. Sin embargo declaró que estaba justificada y no era desproporcionada –implicaba una prioridad máxima de 12 meses– pues la normativa alemana está encaminada a compensar la desventaja sufrida por los candidatos obligados a cumplir el servicio militar o civil por el retraso en sus estudios y presenta un carácter objetivo y está inspirada en la preocupación de contribuir a compensar los efectos del retraso.

VI.- PROHIBICIÓN DE REPRESALIAS: SENTENCIA *BELINDA JANE COOTE*

Al examinar en este estudio la estructura normativa de las directivas aprobadas para eliminar las discriminaciones en los diferentes ámbitos, señalaba que todas ellas contienen una exigencia de protección frente a aquellas personas que puedan sufrir represalias por la defensa de la igualdad del trato.

Así, la señora Belinda Coote⁷⁴ fue despedida de su empleo por quedar embarazada, demandó a su empresario y obtuvo una sentencia favorable, si bien aceptó la indemnización y la extinción de la relación laboral. Más tarde buscó trabajo y el empresario se negó a entregarle cartas de referencia lo que le impidió, de hecho, acceder a un empleo, por lo que volvió a demandar a su antiguo empresario aunque ya no había una relación laboral.

El Tribunal comunitario estimó que el Reino Unido tenía que haber introducido medidas en su legislación interna para garantizar la protección jurisdiccional del trabajador frente a su empresario, quien tras la extinción de la relación laboral, se niega

⁷² TJCE, sentencia de 6 de julio de 2000, *Abrahamsson y Anderson c. Fogelqvist* C-407/98. Ver más ampliamente sobre esta sentencia el comentario de ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, PAZ: “Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial (comentarios a la STJCE de 6-7-2000, *Abrahamsson*)”, *La ley-Unión Europea*, 18-10-2000.

⁷³ TJCE, sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Julia Schornbus c. Land Hessen*, C-79/99.

⁷⁴ TJCE, sentencia de 22 de septiembre de 1998, *Belinda Jane Coote* C-185/97.

a proporcionar referencias como reacción a una acción judicial ejercitada anteriormente para exigir que se respete el principio de igualdad de trato. Esa exigencia de protección se mantiene aún extinguida la relación laboral.

Según el TJCE “el temor a tales medidas, contra las que no se pudiera ejercitar ninguna acción en vía judicial, podría disuadir a los trabajadores que se considerasen discriminados de hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional y, por tanto, podría poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la Directiva”. La prohibición de represalias no se refiere sólo al despido del trabajador o trabajadora, pues aunque es especialmente grave no es la única que podría disuadir al trabajador de ejercer sus derechos a una protección jurisdiccional, sino que incluye también las medidas que se adoptan como reacción a una acción ejercitada en vía judicial contra el empresario y que están destinadas a obstaculizar las gestiones del trabajador despedido en su búsqueda de un nuevo empleo.

VII.- LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES ENTRE LOS VALORES Y OBJETIVOS DE LA UNIÓN EUROPEA: LA EVOLUCIÓN DESDE EL TRATADO DE AMSTERDAM.

Como ya señalé en la Introducción, el Tratado de Ámsterdam introdujo importantes novedades en materia de igualdad entre mujeres y hombres a partir de su reconocimiento y consideración como derecho humano fundamental.

Una de ellas es que la política de igualdad de trato es una política *transversal* en el sentido de que debe informar e impregnar al resto de políticas⁷⁵. Significa que las Instituciones que participan en la toma de decisiones en la Unión Europea (la Comisión con su propuesta, el Parlamento europeo y el Consejo en su codecisión, así como el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones cuando emiten su opinión) deben examinar los proyectos normativos a la luz de sus efectos en la igualdad de oportunidades (igualdad de partida) y en la igualdad real (en la meta o de resultados) y, en consecuencia, se podría impugnar la legalidad de una norma, en cualquier ámbito, si se puede probar que esa norma no tiene un efecto por lo menos neutro en materia de

⁷⁵ Según la Comisión el concepto de «transversalidad» consiste en tener en cuenta de forma sistemática las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de las mujeres y de los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias. Su objetivo es movilizar explícitamente con vistas a la igualdad entre mujeres y hombres al conjunto de las acciones y políticas generales, introduciendo desde su concepción, de manera activa y transparente, la atención a sus posibles efectos sobre las respectivas situaciones de las mujeres y los hombres. Este enfoque global y transversal requiere un esfuerzo de movilización en todas las políticas. (*Comunicación de la Comisión*, de 21 de febrero de 1996, «Integrar la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias», Com (96) 67 final).

Más ampliamente sobre transversalidad, vid. HAFNER-BURTON, E.; POLLACK, M.A., «Mainstreaming gender in global governance», *European Journal of International Relations* vol. 8, 2002, nº 3 (septiembre), págs. 339-374; REES, T.: «The politics of «mainstreaming gender equality», en BREITENBACH, E.; BROWN, A.; MACKAY, F.; WEBB, J. (eds.), *Changing Politics of Gender Equality*. Basingstoke, Palgrave, 2002, págs. 45-69; LIROLA, ISABEL: «La integración de la perspectiva de género en la Unión Europea», *Anuario de Derecho Europeo*, 2, 2002, pp. 259-280; MAZEY, S.: *Gender Mainstreaming in the EU. Principles and Practice*. London, Kogan Page Limited, 2001; BEHNING, U.; SERRANO, A.: *Gender Mainstreaming in the European Employment strategy*. Brussels, ETUI, 2001; ELGSTOM, O.: «Norms negotiations. The construction of new norms regarding gender and development in EU foreign aid policy», *Journal of European Public Policy*, 2000, vol. 7, nº 3, pp. 457-476.

igualdad de trato, o si la norma permite promocionar puestos de trabajo o da preferencia en el acceso al trabajo a los hombres frente a las mujeres -o viceversa-.

La política de igualdad de trato tiene que informar y ser asumida en todas las políticas, como ocurre con la política de medio ambiente o la política cultural, que son políticas que orientan todo el sistema comunitario. El artículo 3 del Tratado CE confiere competencia a la Comunidad en todos los ámbitos para llevar a cabo una política de igualdad de oportunidades quedando integrada la igualdad de trato en todas las políticas comunitarias.

A este compromiso general o político hay que vincular, desde la perspectiva laboral, el párrafo 1 del art. 137 por el que la Comunidad se compromete a apoyar y colaborar en la acción que desarrollen los Estados miembros en materia de igualdad de oportunidades en el mercado laboral y en el trato en el trabajo. El Tratado de Ámsterdam supuso otras novedades importantes en materia de igualdad de trato.

Otra muy importante ha sido conferir competencias a las Instituciones de la Unión para adoptar actos legislativos con el fin de combatir determinadas formas de discriminación que se especifican de forma exhaustiva en el citado artículo. Esa competencia normativa puede afectar tanto a la acción de los poderes públicos de los Estados miembros como a las actividades de los particulares en cualquier ámbito, si bien esa competencia normativa se ejercerá dentro de los límites de las competencias de la Unión.

No proclama expresamente el principio de no discriminación por razón de sexo en el marco general de la prohibición de toda discriminación, aunque pudo haberlo hecho, pero al ser el principio de igualdad de trato, como los derechos fundamentales en la Unión, un principio general de derecho, y no tener la UE, en aquel momento en que se negociaba el Tratado de Ámsterdam, un instrumento propio de derechos fundamentales, se optó por dar competencia normativa a la Unión para garantizar el derecho de no discriminación y equivale sin duda a prohibir la discriminación por los caracteres inherentes al ser humano, a su naturaleza humana.

En efecto, el art. 13.1 del Tratado de la CE tiene varias consecuencias⁷⁶. Para garantizar la igualdad intrínseca de los seres humanos el Tratado faculta a la Unión para combatir la discriminación en esos ámbitos y garantizar la igualdad de trato eliminado todo criterio de distinción fundado en caracteres propios de ser humano o en sus circunstancias, es decir, como la raza, la etnia, su religión, sexo, una discapacidad, o sus convicciones.

Otro avance importante es que desde entonces las acciones comunitarias para luchar contra toda discriminación por motivos de sexo se pueden llevar a cabo en todo el marco de competencias comunitarias (nuevo art. 13 del TCE) y no sólo en el ámbito laboral.

Por tanto, si en los años sesenta el trato diferenciado y discriminatorio ni siquiera era un problema de dignidad del ser humano, ahora la igualdad hombre-mujer es uno de los propósitos mismos de la Comunidad Europea, una razón de su existencia misma. (Claro que en teoría, sobre el papel de las declaraciones grandilocuentes que tanto gustan a los políticos).

Desde 1997 la base jurídica no es restrictiva, frente a lo que sucedía antes con el viejo artículo 119 TCE, que se limitaba a exigir la igualdad de trato en materia salarial.

⁷⁶ Inicialmente sólo tenía un párrafo; el segundo fue añadido por el Tratado de Niza (2001).

El art. 137 TCE extiende la igualdad de trato a todos los ámbitos laborales (desde la igualdad de oportunidades a las condiciones de trabajo) y el art. 13 TCE, en tanto que derecho humano, exige el respeto a la igualdad y el combate de las discriminaciones por razón de sexo en todos los ámbitos de competencia comunitaria. Y el art. 141.4 reconoce la posibilidad de medidas discriminatorias positivas a favor del sexo postergado a fin de compensar posibles desigualdades de facto y garantizar el resultado no discriminatorio ni para mujeres ni para hombres, como ya se analizó en la práctica litigiosa ante el Tribunal de Justicia (epígrafe V.2). Sólo la igualdad.

Por otra parte, importa destacar para repartir adecuadamente las responsabilidades entre los Estados (sus regiones, y otros poderes públicos) que la política de igualdad de oportunidades no es exclusiva de la Comunidad, sino compartida con los Estados miembros. Por ello, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados en el ámbito de la igualdad hombre-mujer por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo (artículo 137 TCE), si bien, como ya he señalado, se reconoce al Consejo competencia normativa para perseguir las discriminaciones y se le faculta para adoptar las medidas concretas que garanticen la aplicación del principio de igualdad de oportunidades.

Hemos pasado en el Derecho originario de una norma concreta de igualdad en materia de retribuciones a un principio general de igualdad de trato⁷⁷, si bien ya se ha demostrado que mucho antes que su explicitación o formalización convencional ya el Tribunal de Justicia, desde su sentencia *Defrenne II*, había inscrito el antiguo art. 119 TCEE sobre retribución salarial en el contexto más amplio del principio general de igualdad (ver epígrafe II).

Bajo ese fundamento convencional que le daba competencia normativa, el Consejo aprobó el 29 de junio de 2000 la primera Directiva general, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y otra de igualdad en materia de ocupación y empleo⁷⁸. Y cabe señalar, finalmente, que junto a una mayor transparencia y calidad de la legislación derivada en la materia, como lo demuestran las dos Directivas refundidas que agrupan las más importantes normas en esta materia (la 73/2002 y la 54/2006), la Comisión viene presentando en el marco de la “Agenda Social” un Informe anual sobre igualdad entre hombres y mujeres⁷⁹; también ha elaborado una “Hoja de Ruta para la igualdad” que marca pautas de trabajo hasta el año 2010⁸⁰ y logró la aprobación del Instituto

⁷⁷ Un trabajo más que resume esa evolución puede verse en LÓPEZ LÓPEZ, J.; CHACARTEGUI JÁVEGA, C., «Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo. Del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el tratado de Amsterdam», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2000 n° 99, enero/febrero, págs. 5-26.

⁷⁸ Directiva 2000/43/CE, DO L 180 de 19.7.2000. A su vez, se adoptó la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DO L 303 de 2.12.2000 y la Decisión de la misma fecha por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006), DO L 303, p. 23. Cada año aprueba, mediante una Comunicación al Consejo y al PE, un programa de trabajo.

Vid. DOLLAT, P.: “Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne”, *Journal des Tribunaux Droit européen*, mars 2002, pp. 57 ss. Aunque el siguiente trabajo es muy anterior a las directivas de igualdad es un clásico LENAERTS, K.: “L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples”, *CDE* 1991-1, p. 17 ss.

⁷⁹ Vid. los últimos de 14.2.2005, COM (2005) 44 final (relativo a la situación en 2004); 22.2.2006, COM 2006 71 final (relativo al año 2005).

⁸⁰ Presentada el 1.3.2006, COM 2006 92 final.

Europeo de la Igualdad de Género⁸¹. Se ha proclamado, también, el año 2007 como el “Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos”⁸².

1.- La Carta de los Derechos Fundamentales de Niza (2000)

Otro momento político relevante en el ascenso de la igualdad entre mujeres y hombres ha sido la Carta de Niza. El 7 de diciembre de 2000 se ponía fin en Niza de forma solemne al proceso de redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales al estampar su firma los Presidentes del Parlamento Europeo (una mujer, Nicole Fontaine), del Consejo (J. Chirac) y de la Comisión (R. Prodi)

La mayoría de los derechos –como el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres- enumerados en la Carta se reconocen a cualquier persona que se encuentre en el territorio de los Estados miembros, con independencia de su nacionalidad o de su lugar de residencia habitual. Esto significa en la práctica diaria que la igualdad de trato es aplicable también a las mujeres y hombres inmigrantes, ya fueran legales o ilegales sus condiciones de entrada o de residencia. Es un derecho de todo ser humano.

Como es sabido, la labor de la Convención que redactó la Carta consistió en codificar el conjunto de derechos ya admitidos en nuestras constituciones y principales instrumentos convencionales internacionales reafirmando, pues, el derecho existente. También su trabajo en materia de igualdad fue una sistematización o de “revelación” de derechos existentes y no un trabajo innovador de reconocimiento de nuevos derechos⁸³.

Por ello no debe sorprender si la Carta dedica sólo dos artículos a proclamar, de un lado, un derecho genérico de no discriminación (“se prohíbe toda discriminación, en particular la ejercida por razón de sexo...”, art. 21; art. II.81 en el Tratado constitucional): en efecto, el primero, es implícito, y se dirige a todos, a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros, de modo que cuando apliquen el Derecho de la Unión les prohíbe aplicar criterios de distinción fundados en caracteres propios de ser humano o en sus circunstancias, es decir, como la raza, la etnia, su religión, sexo, una discapacidad, o sus convicciones. y, de otro, a reconocer que la igualdad entre hombres y mujeres está garantizada en todos los ámbitos y que tal principio no impide adoptar o mantener medidas que ofrezcan ventajas a favor del sexo menos representado (art. 23; art. II.83 en el Tratado constitucional).

Muchos pensarán que esas dos únicas referencias saben a poco. Pero la Carta apenas tiene cincuenta artículos: es un texto sencillo y casi lacónico. Pretende fijar los fundamentos más elementales en materia de derechos humanos y que sean fácilmente comprensibles y asimilables por todos los seres humanos que vivan en la UE.

Es verdad que la Carta no añade nada nuevo a lo que ya incluyó con amplitud y alcance jurídico directo e inmediato el Tratado de Ámsterdam, ni en el terreno teórico o de los principios ni en el terreno práctico. Incluso la Carta, al ser más lacónico y esencial su texto, sacrifica el enunciado de ciertos componentes de la igualdad de derechos como es reconocer que debe haber una igualdad de oportunidades, algo que el

⁸¹ Reglamento 1922/2006 del Parlamento y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, DO L 403 de 30 de diciembre de 2006, p. 7.

⁸² Enlace con el sitio web del Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos: <http://equality2007.europa.eu>

⁸³ Vid. MANGAS MARTÍN, A.: *La Constitución Europea*, Biblioteca Jurídica Básica, Editorial Iustel, Madrid, 2005, en especial pp. 177-224 dedicadas a la Carta de los Derechos Fundamentales.

Derecho derivado comunitario en vigor reconoce y protege desde mediados los años setenta. También es cierto que la Carta, en su brevedad, prefiere mencionar la igualdad de resultados a la igualdad en el punto de partida. Esa opción es más progresiva y moderna. La igualdad en el punto de partida no garantiza la igualdad en la meta.

La Carta, mientras no entre en vigor el Tratado Constitucional, es un texto político; no es una norma jurídica inmediatamente exigible ante los Tribunales aunque es alegable como criterio informador. Pero dado el Derecho Comunitario en vigor en materia de igualdad, que comprende y supera con creces lo reconocido en la Carta, no hay que dramatizar sobre la falta de valor jurídico vinculante de la Carta. Poco importa que la Carta no sea parte del Tratado de Niza. Todo su contenido ya está en vigor a título del Tratado de la Comunidad Europea, de otros convenios sobre derechos humanos y, por supuesto, en nuestras constituciones. La tutela judicial de los derechos fundamentales es reclamable de forma inmediata ante nuestros jueces y Tribunales. Es la ventaja de codificar en la Carta el régimen en vigor en los Tratados. No olvidemos que lo importante es que la Carta se presenta como un instrumento de reforma del sistema político a medio plazo y como elemento impulsor del proceso de integración a fin de fortalecer la identidad de la UE: definir nuestro patrimonio colectivo de valores y derechos y que éste sirva, a su vez, de fundamento a las políticas comunitarias.

2.- El Tratado Constitucional de 2004

El Tratado constitucional de 29 de octubre de 2004, pendiente de aprobación en una decena de Estados (en marzo de 2007) y con dos referendos en contra, se mantiene en la línea de erigir la igualdad de trato entre mujeres y hombres como un valor en sí mismo, como un objetivo y como principio de derecho del que se deduzcan derechos y obligaciones para todos⁸⁴.

El Tratado incluye como novedad una declaración de intenciones sobre los caracteres de la sociedad europea; más que constatar una realidad, se entiende que la finalidad de nuestra unión, como se decía en uno de los primeros borradores⁸⁵, es ser una *sociedad pacífica* que practica la tolerancia, la justicia, la solidaridad, el pluralismo, la no discriminación y la *igualdad entre mujeres y hombres*⁸⁶. Esa constatación, aunque sin aludir al pacifismo, se mantiene en el art. I-2 del Tratado proclamando los valores concretos de la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

Los objetivos enunciados en el art. I-3 son cláusulas horizontales o transversales que afectan al ejercicio de las competencias en las distintas políticas: la igualdad entre mujeres y hombres, es un objetivo que deben ser respetado en todas las políticas comunitarias pues suministra un principio de coherencia y de integración.

En relación con algunos de los objetivos del art. I-3 (que reproduce parcialmente derecho en vigor establecido en el art. 6 del TUE), ciertamente se deben hacer algunos comentarios críticos. Por ejemplo, en relación con el compromiso de la Unión de “fomentar” la igualdad entre mujeres y hombres obsérvese el detalle positivo de

⁸⁴ Vid. MANGAS MARTÍN, A.: “Nuevos y viejos valores...”, *Revista General de Derecho Europeo*, www.iustel.com, 2007, enero, núm. 12.

⁸⁵ CONV 528/03.

⁸⁶ De entrada, y aunque parezca muy superficial, la palabra mujer o mujeres aparece en una decena de ocasiones (poco más que la palabra “hombre”); pero ningún Tratado comunitario hasta ahora había mostrado tantas referencias. No significa que haya una decena de preceptos dedicados a la mujer.

anteceder el término “mujeres”, lo que no era usual hasta ahora. En la redacción final del Tratado se antepone el género femenino por delante del masculino en todo el Tratado constitucional: se dice siempre “mujeres y hombres”.

Pero dado que el lenguaje no es neutro en derecho, merece seria crítica la utilización del verbo “fomentar”, dado que el fomento se limita a una obligación de partida, lo que justificaría exclusivamente una política de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres⁸⁷. Limitar el compromiso de la Unión al fomento de la igualdad en el futuro Tratado constitucional supone un cierto retroceso en la inspiración de las políticas comunitarias en materia de igualdad entre mujeres y hombres, dado que hasta ahora el derecho en vigor incluía la igualdad no sólo como obligación de partida sino también de *resultado*. La legislación de la Unión tiene que garantizar la igualdad eliminando las desigualdades entre hombres y mujeres (vigente art. 3.2 del Tratado de la Comunidad Europea) y, además, fomentar la igualdad. Pero es una obligación de resultado.

Y ya que reparamos en aspectos poco logrados en la redacción del Tratado hay que reprochar que el primer artículo del Tratado constitucional en el que se proclama el principio de la doble legitimidad de la Unión, precisamente se refiera a la ciudadanía utilizando el genérico gramatical masculino (los ciudadanos) que “oculta” a las mujeres, algo que se mantiene en todo el Tratado, incluido el Preámbulo. No critico que solamente mencione a los hombres y no a las ciudadanas, sino que pudiendo utilizar el sustantivo genérico colectivo que nos engloba a todos, *ciudadanía*, al menos en algunas versiones lingüísticas que lo pueden utilizar, se haya rehusado el genérico colectivo por un término a favor de un sexo. Era un detalle que ha calado en una parte de las organizaciones sociales. Lo mismo puede decirse sobre la expresión los derechos del “niño”, cuando pudo optarse por expresiones sin preferencia de sexo como la infancia o la niñez. El principio de igualdad se puede llevar a un lenguaje no sexista que visibilice a mujeres y hombres; claro que, desde luego, debe ser compatible con las normas gramaticales y el buen gusto⁸⁸.

Adentrándonos en el núcleo duro o políticas materiales de la Unión, es decir en la Parte III del Tratado constitucional, el art. III-116 expresa la obligación de promover la igualdad entre mujeres y hombre en todas las acciones contempladas en esa Parte con el fin de eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre y de promover su igualdad. Este precepto tiene una finalidad claramente transversal u horizontal, suministrando la base jurídica precisa para exigir que a toda acción normativa o de cualquier índole se contraste con la obligación de “tratar de” eliminar las desigualdades y fomentar la igualdad de trato en todas las políticas comunitarias. Hay que reconocer que esa expresión (“tratará de eliminar”) no es una rotunda obligación de resultado, pero es algo más que de mero comportamiento.

⁸⁷ Como ya señalé en mi obra *La Constitución europea*, op. cit. pp. 49-50.

⁸⁸ Así se expresa el interesante *Protocolo para integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en actuaciones F.S.E. (Pautas para la elaboración de documentos*, elaborado por la Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos, de la Comunidad de Madrid, 2005). Ofrece alternativas respetuosas que cambian la perspectiva sexista con preferencia machista a la que nos hemos acostumbrado; entre otras, sugiere construcciones que aludan al cargo y no, al más que probable, titular varón: por ejemplo, el tratado constitucional debería hablar siempre de la presidencia y no del Presidente (de la Comisión, del Consejo, etc.).

Son recomendables dos artículos de prensa: ZOE ALAMEDA, I.: “La discriminación invisible”, *El País*, 6.11.2006; Freixas, L.: “Enma es actor”, *La Vanguardia*, 22.2.2007.

El Tratado constitucional incluye en la Parte III otras menciones generales a la igualdad (por ejemplo, el art. III-210 relativo a los objetivos de la política social) y desarrolla con relativa precisión en el art. III-214 el principio de igualdad en materia de retribuciones (ap. 1), empleo y ocupación en general (ap.2) y las discriminaciones positivas (ap. 3). Ahora bien, este art. 214 no es una novedad y reitera el régimen en vigor del vigente art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea.

VIII.- REFLEXIONES FINALES

La igualdad de trato entre mujeres y hombres ha logrado una excelente plasmación en el plano normativo en la Unión Europea.

Frente a tópicos infundados de que Europa no es una Europa Social las normas comunitarias demuestran que la UE va muy por delante en algunos aspectos de las políticas sociales de los Estados miembros. La “maquinaria” legislativa aprueba normas congruentes y muy progresivas.

El sistema jurisdiccional comunitario también rema en la misma dirección e incluso se anticipa en su interpretación al propio legislador comunitario. La Europa social de las ideas y políticas igualitarias satisface las exigencias sociales en materia de derechos humanos. Su legislación y política legislativa, así como su aplicación judicial es una de las fortalezas de la Europa social.

También me ha interesado destacar el lugar frontal que desde hace unos años ocupa el principio de la igualdad de trato en el *sistema de valores y finalidades* mismas de la integración. De la nada al máximo de igualdad.

Sin embargo, esa Europa social tiene una falla, una debilidad en el corazón del sistema social: la Comisión Europea. Esta institución independiente hace propuestas legislativas progresivas; consigue que se aprueben por el Parlamento Europeo y el Consejo, pero una vez en el Diario Oficial de la UE no se preocupa de su cumplimiento por los Estados miembros. Estos superan con mucho los plazos de transposición de las Directivas sin que la Comisión se interese por su cumplimiento e inicie, llegado el caso, los procedimientos en constatación de infracción contra el Estado desfalleciente o rebelde respecto a la igualdad de trato. La Comisión se comporta como un irresponsable “arquitecto” que tras hacer unos espléndidos, sólidos y bellos planos del edificio e iniciar su construcción, abandona su obra, repentinamente y sin explicación...

La Comisión raramente perdona a los Estados y a las empresas sus incumplimientos en el plano económico y de leal competencia; hace bien en cumplir con su cometido de guardiana de los tratados y ser inflexible en mostrar su ojo huracanado y abrir a troche y moche expedientes de infracción a los Estados y multar directamente a las empresas. El interés económico que mueve a la Comisión es legítimo, pero cuando hablamos del respeto a los derechos fundamentales no puede haber tolerancia con su falta de respeto. La Comisión europea podría dosificar sus energías y con más frecuencia dejar sentir su “aliento” de guardiana de los Tratados haciendo cumplir a los Estados las normas comunitarias de protección de derechos humanos relativa a la igualdad de trato. La Europa Social sería más visible y cercana a la sociedad; sería real y completa.

Si las normas sobre igualdad de trato han conseguido su respeto en bastantes casos por los Estados y los empleadores ha sido porque muchas mujeres valientes, que

confiaban en el Derecho y en la institución judicial europea, se han lanzado a defender sus derechos en la costosa vía judicial y a fuerza de tesón, paciencia y desgaste personal han arrancado una progresiva jurisprudencia europea protectora en general de esos derechos. Pero a golpe de proceso judicial.

Pero también hay que reconocer, desde el punto de vista del reconocimiento de derechos en materia de igualdad, que poco más se puede hacer. Los problemas no son tanto legales como mentales y prácticos: de conciencia social sobre su respeto y de vigilancia por las administraciones públicas. Nuestros legisladores y políticos nacionales tampoco se muestran diligentes en el cumplimiento de las Directivas aprobadas en derechos tan fundamentales.

Salamanca, marzo de 2007,